Grundgesetz und Rassismus

Herausgegeben von
JUDITH FROESE und
DANIEL THYM

Mohr Siebeck

Grundgesetz und Rassismus



Grundgesetz und Rassismus

Herausgegeben von

Judith Froese und Daniel Thym

Mohr Siebeck

Judith Froese ist Inhaberin des Lehrstuhls für Öffentliches Recht mit Nebengebieten an der Universität Konstanz; Projektleiterin im Rahmen der Studie „Rassismus als Gefährdung des gesellschaftlichen Zusammenhalts" des Forschungsinstituts Gesellschaftlicher Zusammenhalt.

Daniel Thym ist Inhaber der Professur für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht an der Universität Konstanz und Direktor des dortigen Forschungszentrums Ausländer- und Asylrecht (FZAA); Sprecher des Standorts Konstanz des bundesweiten „Forschungsinstituts Gesellschaftlicher Zusammenhalt" (FGZ) und Vorstandsmitglied des Konstanzer „Zentrums für Kulturwissenschaftliche Forschung" (ZKF).
orcid.org/0000-0003-0361-6719

Die Universität Konstanz finanzierte die Open Access-Publikation des Sammelbandes.

ISBN 978-3-16-161736-2 / eISBN 978-3-16-161737-9
DOI 10.1628/978-3-16-161737-9

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über *http://dnb.dnb.de* abrufbar.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Stempel Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Seit zwei Jahren erlebt in der öffentlichen Diskussion ein Begriff eine Renaissance, der in Deutschland bisher gemieden worden war: „Rassismus". Die alte und die neue Bundesregierung brachten mehrere Maßnahmenbündel gegen Rassismus auf den Weg, zu denen auch eine Änderung des Grundgesetzes gehört. Eine zwischenzeitliche Verständigung, wonach der Begriff der „Rasse" in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG durch die Formulierung „aus rassistischen Gründen" ersetzt werden sollte, wurde nicht umgesetzt. In ihrem Koalitionsvertrag verspricht auch die neue Regierung eine Grundgesetzänderung, lässt jedoch offen, welche Formulierung sie unterstützt. Dabei ist die Grundgesetzänderung nur ein Kristallisationspunkt für eine Debatte, die ganz unabhängig hiervon stattfindet. Das Thema bedarf dringend eines rechtswissenschaftlichen Upgrades – im Lichte des interdisziplinären Kontexts und der gesellschaftlichen Relevanz.

Der vorliegende Band bezweckt vor diesem Hintergrund eine Standortbestimmung, die Optionenräume der Rechtsentwicklung erkundet. Erst die Zusammenschau der Beiträge von führenden Expertinnen und Experten aus dem deutschsprachigen Raum gibt ein Gesamtbild, das gerade wegen der unterschiedlichen Auffassungen den Diskussionsstand abbildet. Diese Meinungsvielfalt liegt an dogmatischen Unwägbarkeiten ebenso wie an den Untiefen des interdisziplinären Theorietransfers. Es steht keineswegs fest, wie sich die juristische Begriffs- und Konzeptbildung zum überaus dynamischen interdisziplinären Diskussionsstand verhält. In juristischer Hinsicht verstärkt das Nebeneinander von Verfassungs-, Europa- und Völkerrecht die Unsicherheiten.

Im Zentrum des Bandes steht eine doppelte Leitfrage: Umfassen die Diskriminierungsverbote neben vermeintlich angeborenen Unterschieden auch kulturalisierte Formen eines Rassismus? Wie verhält sich das dogmatische Verbot einer offenen, versteckten und ggf. auch mittelbaren Diskriminierung auf nationaler und europäischer Ebene zu den Erscheinungsformen eines strukturellen bzw. institutionellen Rassismus? Eindeutige oder gar konsensuale Aussagen sind zu diesen zentralen Themenfeldern nicht möglich, wohl jedoch Annäherungen an und lebhafte Diskussionen über eine zentrale juristische und rechtspolitische Fragestellung der Gegenwart. An die Stelle eines Konsenses tritt das gemeinsame Ringen um die beste Lösung.

Es ist ein Ziel für sich, den rechtswissenschaftlichen Diskussionsstand in seiner Vielfalt darzustellen und die Optionenräume für einen interdisziplinären Theorietransfer zu erkunden. Dass ein sachlicher Austausch der widerstreitenden Positionen gelingt, ist bei einem emotionsgeladenen Thema wie „Rassis-

mus“ alles andere als selbstverständlich, wie die aufgeheizten Debatten über Rechtsterrorismus und Identitätspolitik zeigen. Im Idealfall leistet der vorliegende Band daher im Kleinen, was die Gesellschaft im Großen braucht: eine Debattenkultur, die Kontroversen austrägt, ohne sich in Echokammern zurückzuziehen. Das bundesweite Forschungsinstitut Gesellschaftlicher Zusammenhalt (FGZ) bot hierfür einen perfekten Rahmen. Wir sind dessen Standort Konstanz dankbar, die Mittel für das vorbereitende Verfassungssymposium, das wir im Dezember 2021 an der Universität Konstanz durchgeführt haben, bereitgestellt zu haben.

Die Arbeit an dem Buch leistet einen Beitrag für die juristische Komponente der InRa-Studie „Institutionen und Rassismus“, die im Umfeld des FGZ vom Bundesministerium des Innern gefördert wird und in dem wir ein gemeinsames Forschungsprojekt realisieren. In öffentlichen Debatten über „Rassismus“ ist es üblich, sich auf das Grundgesetz oder die Menschenrechte als normativen Referenzpunkt zu beziehen. Das ist legitim, beantwortet für sich genommen aber noch nicht die Frage, welche Ausprägungen des Rassismus zugleich einem Rechtswidrigkeitsverdikt unterliegen. Die vorliegende Bestandsaufnahme bietet der hoffentlich breiten Leserschaft einen Wegweiser zu den zentralen Argumentationsmustern und hilft damit der Rechtspraxis, diese in anwendungsbezogene Rechtsstandards zu übersetzen.

Die Ergebnisse werden mit finanzieller Unterstützung der Universität Konstanz ganz bewusst als doppelte Print- und Open Access-Publikation bereitgestellt. Die kostenlose digitale Verfügbarkeit unterstützt eine breite Rezeption der Ergebnisse in der Rechtspraxis, der Gesellschaft sowie in der Rechtspolitik. Die zügige Veröffentlichung ermöglichten die Autorinnen und Autoren durch die disziplinierte Schreibarbeit und die fristgemäße Ablieferung der Manuskripte. Aus den beiden beteiligten Lehrstuhlteams gebührt ein nachdrücklicher Dank insbesondere: Marie-Louise Reuter und Johannes Siegel für die Vorbereitung und Durchführung des Symposiums, Erika Jasinskaite und Lara Lindlahr für die Aufbereitung der Manuskripte sowie Sabine Gerber für die organisatorische Gesamtkoordination.

Wir widmen den vorliegenden Band Professor Dr. Michael Sachs, der in den vergangenen Jahrzehnten zahlreiche wertvolle Beiträge über die grundgesetzlichen Diskriminierungsverbote verfasste, ausgehend von seiner Habilitationsschrift „Grenzen des Diskriminierungsverbotes“ (1987). Michael Sachs wirkte engagiert am hybriden Verfassungssymposium mit und verstarb im Februar 2022 leider viel zu früh, kurz nach der Fertigstellung des Manuskripts.

Konstanz, im Juli 2022

Prof. Dr. Judith Froese
Prof. Dr. Daniel Thym

Inhaltsverzeichnis

Impulse des Unions- und Völkerrechts

Historische Einordnung und Rechtsvergleich

Standortbestimmungen

Rassismus und Verfassungsrecht

Einführung und Kontextualisierung

Daniel Thym

Für die Bundesrepublik war das Grundgesetz ein Neuanfang. Es präsentierte sich „als Gegenentwurf zu dem Totalitarismus des nationalsozialistischen Regimes“[1], ganz im Sinn eines „Nie wieder!“. Im Zeichen des Grundgesetzes wurde die Vergangenheit überwunden, um ein freiheitliches Gemeinwesen in einem vereinten Europa aufzubauen. Der Erfolg dieses Unterfangens begründete im Laufe der Jahrzehnte ein neues deutsches Selbstbewusstsein als stabile Demokratie und verlässlicher Rechtsstaat. Zugleich bewirkte die kategorische Abgrenzung vom NS-Unrechtsregime und dem Völkermord an den Juden Europas, dass der „Rassismus“ als ein Problem der Anderen verstanden wurde: des südafrikanischen Apartheitsregimes oder der spezifischen US-Situation.[2] Dem lag ein enges Rassismusverständnis zu Grunde, das eine argumentative Tabuzone im öffentlichen Diskurs markierte. „Rassismus“ war ein ultimativer Vorwurf, der das Gegenüber moralisch diskreditierte.

In einem vergleichsweise kurzen Zeitraum änderte sich die Situation grundlegend. Eine Recherche nach dem Begriff „Rassismus“ im FAZ-Archiv ergibt für das Jahr 1990 insgesamt 180 Treffer. Zwanzig Jahre später waren es nur unwesentlich mehr, doch seither explodierten die Nennungen. 2020 und 2021 wurde der Begriff „Rassismus“ jeweils 2327 bzw. 1763 Mal erwähnt. Rechtsextreme Terrorakte in Hanau und Halle sowie #BlackLivesMatter haben viel verändert. Aus den USA schwappte ein Diskurs nach Europa, der auf dem Kontinent zuvor kaum existiert hatte. Getragen wurde der Diskurswandel nicht zuletzt von den Forderungen der Migrantenverbände.[3] Verweise auf „Rassismus“ verbreiteten sich in Windeseile und erfassten immer mehr Sachbereiche. Exemplarisch genannt sei die Kritik an der Frage „Woher kommst Du eigentlich?“ als möglicher Alltagsrassismus.[4]

---

[1] BVerfGE 124, 300 (328) – *Rudolf Hess Gedenkfeier (Wunsiedel).*

[2] Streitbar *Max Czollek*, Desintegriert euch!, 2018, S. 63–92.

[3] Exemplarisch Bundeskonferenz der Migrantenorganisationen (BKMO) v. 01.09.2020: Anti-Rassismus Agenda 2025: für eine rassismusfreie und chancengerechte Einwanderungsgesellschaft, https://bundeskonferenz-mo.de/aktuelles/antirassismus-agenda-2025, letzter Zugriff: 24.6.2022.

[4] Pointiert *Ferda Ataman*, Hört auf zu fragen. Ich bin von hier!, 2019.

Das Grundgesetz wird in diesen Debatten häufig genannt. In der Tradition des bundesrepublikanischen Verfassungspatriotismus berufen sich viele auf den Gleichheitsartikel, um die antirassistische Agenda normativ zu untermauern.[5] Zugleich soll der Verfassungswortlaut geändert werden, um den im deutschen Diskurs belasteten Begriff der „Rasse“ zu ersetzen.[6] Im November 2020 verständigte sich die damalige Große Koalition auf eine Grundgesetzänderung, die nicht mehr realisiert wurde, weil ein Streit darüber entstand, ob die vorgeschlagene Formulierung „aus rassistischen Gründen“ den Status quo sprachlich nur anders ausdrückt oder, alternativ, den Schutzumfang einengt oder umgekehrt ausweitet.[7] In ihrem Koalitionsvertrag unterstützt die Ampelkoalition das Projekt, verzichtete in weiser Zurückhaltung jedoch darauf, eine Begrifflichkeit zu nennen.[8] Die Verfassungsänderung bleibt auf der Agenda und eignet sich als gedanklicher Einstieg in ein umstrittenes Themenfeld: die juristische Reichweite des Begriffs der „Rasse“ im Grundgesetz, ergänzt um die Nennung der „ethnischen Herkunft“ und „Hautfarbe“ in EU-Grundrechtecharta, EMRK sowie völkerrechtlichen Verträgen. Inwieweit spiegeln diese Verbote die breite – und nicht immer kohärente – interdisziplinäre Begriffsdeutung?

I. Rechtsdogmatik zwischen Stabilität und Öffnung

Die deutsche Rechtswissenschaft ist strukturkonservativ. Nicht in einem politischen Sinn, sondern insofern als interdisziplinäre Entwicklungen zumeist verspätet verarbeitet werden (wenn überhaupt).[9] Für internationale Diskurse gilt dasselbe. Deutschland ist meistens einige Jahre hinterher. Das muss kein Schaden sein, denn eine von mehreren Ausprägungen der deutschen Rechtswissenschaft ist eine intime Nähe zur Rechtspraxis.[10] Paradigmatisch hierfür stehen

---

[5] Zur diesbezüglichen Symbolfunktion der Verfassung siehe *Daniel Thym*, Verfassungspatriotismus in der Einwanderungsgesellschaft, AöR 145 (2020), S. 40 (41–46).

[6] Eine gute Übersicht zum Diskussionsstand liefert *Michael Griesbeck*, Der Begriff Rasse in Artikel 3 GG – Geschichte und aktueller Stand der Diskussion, ZAR 2021, S. 400.

[7] Siehe Maßnahmenkatalog des Kabinettausschusses zur Bekämpfung von Rechtsextremismus und Rassismus v. 25.11.2020, Nr. 36; Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz: Entwurf eines Gesetzes zur Ersetzung des Begriffs „Rasse“ in Artikel 3 Absatz 3 Satz 1 des Grundgesetzes, März 2021; und die Stellungnahmen in der Anhörung des Bundestagsausschusses für Recht und Verbraucherschutz v. 21.6.2021, https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw25-pa-recht-rasse-847538, letzter Zugriff: 24.6.2022.

[8] Siehe SPD/Bündnis 90/Die Grünen/FDP: Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag 2021–2025 v. 24.11.2021, S. 121.

[9] Siehe *Uwe Volkmann*, Die Dogmatisierung des Verfassungsrechts, JZ 2020, S. 965.

[10] Statt vieler *Christoph Möllers*, Methoden, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl. 2012, § 3.

die Rechtsdogmatik sowie die Gattung der Kommentare, die über lange Jahre hinweg der einzige Ort waren, wo in der deutschen Rechtswissenschaft über Rassismus gesprochen wurde – wenn auch häufig in wenigen Absätzen und mit wenig Substanz.[11]

Rechtsdogmatik als Grundlage der Praxisrelevanz lebt von Stabilität und Vorhersehbarkeit. Sie speichert Wissen und schafft es dadurch, hochkomplexe Zusammenhänge in anwendungsfreundliche Obersätze zu übersetzen.[12] Eine solche Dogmatik kann nicht, wie die interdisziplinäre Forschung, einen „turn" nach dem anderen durchmachen, im Sinn sich regelmäßig verschiebender Aufmerksamkeitsschwerpunkte und Vorannahmen.[13] Dogmatische Stabilität lebt immer auch davon, dass dogmatische Ableitungen nicht auf theoretischen Vorannahmen basieren, die sich von Autorin zu Autorin unterscheiden. Dies rechtfertigt einen gewissen Strukturkonservativismus, der freilich nicht versteinern darf. Notwendig sind themenspezifische Phasen der Öffnung, in denen der Wissensstand hinterfragt und gegebenenfalls neue Lösungen entwickelt werden.[14] Eine solche Periode erleben wir aktuell für unser Thema.

Gerade in Phasen der Öffnung kann man eine wissenschaftliche und eine rechtspraktische Dogmatik abstufen. Wissenschaftliche Dogmatik ist auf einem höheren Abstraktionsniveau theoretisch rückgebunden und arbeitet interdisziplinär. Gerichte und Behörden können das typischerweise nicht leisten. Sie brauchen die Speicherfunktion einer „Jurisprudenz", die eine theoretisch reflektierte Modellbildung in praxistaugliche Standards übersetzt.[15] In der aktuellen Situation brauchen wir beides: theoretische Reflektion und die Entwicklung praxistauglicher Standards.

Der vorliegende Sammelband will hierzu einen Beitrag leisten, ohne die Rechtswissenschaft auf die Dogmatik zu reduzieren. Es gibt andere Arbeitsmethoden, die gerade beim Nachdenken über Rassismus fruchtbar sein können. Bei der Entwicklung dogmatischer Aussagen wird sodann jedoch die Spannungslage zwischen dogmatischer Stabilität und Öffnung sichtbar, die jedes interdisziplinäre Arbeiten prägt. Beide Perspektiven können nicht eins zu eins

---

[11] Anschaulich *Doris Liebscher*, Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus. Genealogie einer ambivalenten rechtlichen Kategorie, 2021, S. 372–460.

[12] Stellvertretend *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, S. 3–6.

[13] Zur Abfolge „cultural", „spatial", „performative", „mobility", „postcolonial" und anderer „turns" (Paradigmenwechsel) in den Sozial- und Kulturwissenschaften siehe *Doris Bachmann-Medick*, Cultural Turns. Neuorientierung in den Kulturwissenschaften, 5. Aufl. 2014.

[14] Siehe *Oliver Lepsius*, Relationen. Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft, 2016, S. 30–36; und *Christian Bumke*, Die Entwicklung der verwaltungswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 73 (115–123).

[15] Zur Abgrenzung siehe *Hans Christian Röhl*, Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität. Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen, VVDStRL 74 (2015), S. 7–38.

kurzgeschlossen werden, weil interdisziplinäre Forschung selten eindeutige Ergebnisse produziert – und selbst wenn es diese geben sollte, muss nicht alles, was interdisziplinär unter „Rassismus“ thematisiert wird, dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit unterliegen.

Ganz in diesem Sinn sollte die Leserschaft das „und“ im Titel des Sammelbands im ersten Zugriff additiv verstehen. Es geht um das „Grundgesetz“ als ein im öffentlichen Diskurs sichtbares juristisches Dokument, das Rechtswidriges vom Rechtmäßigen scheidet, „und“ über „Rassismus“ als Chiffre für einen vielschichtigen interdisziplinären Diskurs. Auf der Grundlage dieser Standortbestimmung vollziehen die vorliegenden Beiträge sodann einen zweiten Schritt, der das „und“ verknüpfend liest und danach fragt, was die juristische Dogmatik übernehmen kann und was nicht. Für eine Phase der Öffnung ist es ganz normal, dass hierbei diverse Sichtweisen zusammenkommen. Es steht noch nicht fest, was sich durchsetzt.

II. Interdisziplinärer Kontext

Im Zentrum der juristischen Begriffs- und Theoriebildung stehen häufig Substantive im grammatikalischen Singular, die im Idealfall eine feststehende Bedeutung besitzen. Dagegen ist in der modernen Kultur- und Sozialwissenschaft ein Denken in Pluralformen und Partizipialkonstruktionen verbreitet, um sprachlich hervorzuheben, dass es häufig verschiedene Sichtweisen auf ein Phänomen gibt, die sich im Lauf der Zeit verschieben können. Ein Plural wie „Rassismen“ betont vielfältige Deutungsangebote, während eine Partizipialkonstruktion wie „rassialisiert“ (Englisch: *racialised*) den Vorgang des Herstellens akzentuiert. Rechtspolitische Debatten über „Rasse“ und „Rassismus“ versteht man nicht adäquat ohne ein Bewusstsein für die Vielschichtigkeit des interdisziplinären Diskurses.

1. Vielfalt der „Rassismen“

Während im öffentlichen Diskurs eine biologische Sichtweise von Rassismus bis heute dominant sein dürfte, verschoben sich die interdisziplinären Aufmerksamkeitsschwerpunkte grundlegend. Diese Vielfalt der Begriffsverständnisse kann man durch die Pluralformel der „Rassismen“ ausdrücken. Verbreitet ist die analytische Abstufung von biologischen, sozial- und kulturwissenschaftlichen Lesarten.

Biologische Begriffsverständnisse betonen die Vererbbarkeit, die früher mit verschiedenen Begründungslinien anthropologisch, eugenisch oder völkisch

verstanden wurde; eine moderne Spielform ist die Genetik.[16] Es besteht ein Konsens, dass solche quasi-natürlichen Einstufungen vom Rassebegriff der deutschen und internationalen Menschenrechte erfasst werden. Ihre Zielrichtung war gerade das Verbot völkischer und, im Fall des Völkerrechts, kolonialer Unterdrückungs- und Segregationsmuster. Bis heute prägt ein derartiges biologisches Verständnis die öffentliche Debatte und auch die Rechtspraxis, häufig aufgrund unterschwelliger Begriffsverständnisse, die nicht offen reflektiert werden. Eine typische Formulierung lautet, dass es „Rassen" naturwissenschaftlich nicht gebe; dennoch verbiete das Grundgesetz in Abkehr vom NS-Staat, an vermeintlich existierende Rassen aufgrund vererbbarer bzw. unveränderlicher äußerlicher Merkmale anzuknüpfen.[17] Ganz ähnlich sieht es der Internationale Gerichtshof.[18]

Eine Spannungslage ergibt sich im rechtspolitischen Diskurs nun daraus, dass ein quasi-biologisches Verständnis interdisziplinär völlig out ist. In den Sozial- und Kulturwissenschaften setzte sich in den vergangenen Jahrzehnten durch, dass individuelle und kollektive Identitäten keine feststehenden Größen sind, sondern beständig neu verhandelt werden. Fremd- und Selbstzuschreibungen wandeln sich beständig.[19] Wenn sich der „Rassismus" in diesem Sinn von einem quasi-biologischen Verständnis löst, kann der Begriff eine potentiell große Bandbreite unterschiedlicher Zusammenhänge und Personengruppen erfassen. Eine solche Ausweitung wurde im Kontext der UNESCO bereits in den 1960er Jahren diskutiert, als offen biologische Verständnisse schrittweise tabuisiert wurden und sich stattdessen kulturalisierte Beschreibungsweisen durchsetzten.[20] In den Sozial- und Kulturwissenschaften beschleunigte sich die Debatte seit der Jahrtausendwende.

Als rechtliches und sozialwissenschaftliches Bindeglied für die begriffliche Flexibilisierung diente die Figur der „Ethnizität", die in Form der „ethnischen Herkunft" oder der „nationalen Minderheit" in überstaatlichen menschen-

---

[16] Näher *Liebscher* (Fn. 11), S. 81–92; und *Uwe Kischel*, Rasse, Rassismus und Grundgesetz. Verfassungsrechtliche, interdisziplinäre und rechtsvergleichende Aspekte, AöR 145 (2020), S. 227 (242–246).

[17] Exemplarisch *Christine Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 95. EL 2021, Art. 3 Abs. 3 Rn. 129; und *Werner Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2013, Bd. I, Art. 3 Abs. 3 Rn. 129.

[18] IGH, Urt. v. 4.2.2021, Nr. 172, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)*, Rn. 81: „characteristics that are inherent at birth".

[19] Grundlegend *Andreas Wimmer*, Ethnic Boundary Making. Institutions, Power, Networks, 2014; zusammenfassend *Rudolf Leiprecht*, Rassismus, in: Mecheril (Hrsg.), Handbuch Migrationspädagogik, 2016, S. 226–242; im juristischen Kontext siehe *Steffen Augsberg*, Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und des juristischen Diskurses, VVDStRL 78 (2019), S. 7 (21–27).

[20] Siehe UNESCO Statement on Race and Racial Prejudice (1967), https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/030639686800900307, letzter Zugriff: 24.5.2022.

rechtlichen Diskriminierungsverboten neben der „Rasse“ vorkommt und von den Gerichten häufig anstelle derselben angewandt wird (eine Flexibilität, die das Grundgesetz nicht kennt). Die Nationalismusforschung nach dem Mauerfall betonte den konstruierten Charakter einer jeden Ethnizität.[21] Berühmt wurde die Bezeichnung von Nationen als „imaginierten Gemeinschaften“[22] – und selbst vermeintlich eindeutige Kriterien wie die Hautfarbe können, wie noch zu zeigen sein wird, zum Gegenstand einer sozialen Neukonfiguration werden. Dem „Antiziganismus“ als konventionelles Beispiel für einen kulturalisierten Rassismus wird heutzutage häufig die „Islamophobie“ zur Seite gestellt, wobei Gemeinsamkeiten und Unterschiede mit dem „Antisemitismus“ lebhaft diskutiert werden.[23] *Cengiz Barskanmaz* und *Uwe Kischel* werden die diesbezügliche Deutungsvielfalt in ihren Beiträgen aufzeigen.

2. Vom Individuum zur Struktur

Eine zweite Verschiebung ergab sich durch eine Akzentverlagerung von der individuellen Diskriminierung hin zur strukturellen Benachteiligung. Ausgangspunkt war in den Vereinigten Staaten die Enttäuschung seitens kritischer Beobachter, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse infolge der liberalen Bürgerrechtsgesetzgebung nur teilweise veränderten. Exemplarische Beispiele sind Lohnunterschiede oder der überproportional hohe Anteil von schwarzen Männern in US-Gefängnissen sowie unter den Opfern polizeilicher Gewalt. Im wissenschaftlichen Diskurs spricht man in solchen Fällen, ausgehend vom Feminismus, von einem materiellen Gleichheitsverständnis, das ergebnisbezogene tatsächliche Unterschiede adressiert.[24]

Im US-Diskurs wurde die Kritik des strukturellen Rassismus als Angriff auf die klassische Formel präsentiert, wonach „unsere Verfassung farbenblind ist“ (*our constitution is color blind*). Eben diese Wendung hatte eine Leitentscheidung des Supreme Court von 1896 gebraucht, um die Rassentrennung (*separate but equal*) zu rechtfertigen. Die Segregationspolitik der sogenannten „Jim

---

[21] Zusammenfassend *Anthony Giddens/Christian Fleck/Marianne Egger de Campo*, Soziologie, 2009, S. 431–444.

[22] So für kollektive Selbstbilder *Benedict Anderson*, Imagined Communities. Reflections on the Origin and Spread of Nationalism, 2. Aufl. 2006.

[23] Näher *Yasemin Shooman*, Zur Debatte über das Verhältnis von Antisemitismus, Rassismus und Islamfeindlichkeit, Jahrbuch zur Geschichte und Wirkung des Holocaust 19 (2015), S. 125–156.

[24] Siehe *Sandra Fredman*, Substantive Equality Revisited, ICON 14 (2016), S. 712–738; *Susanne Baer/Nora Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. I, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 3 GG Rn. 418–425; und *Anna Katharina Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht. Antidiskriminierungsrecht als Ermöglichungsbedingung der demokratischen Begegnung von Freien und Gleichen, 2021, S. 187–193.

Crow"-Gesetzgebung[25] wurde damals für rechtmäßig befunden.[26] Hieran anknüpfend kritisiert die *Critical Race Theory* prominent die „Farbenblindheit" scheinbar neutraler Regelungen und Praktiken, hinter deren Fassade sich strukturelle Unterschiede verstetigen.[27] Die strukturelle Komponente liegt darin begründet, dass die Benachteiligung so fest in die Strukturen eingeschrieben ist, dass diese auch ohne individuelle Benachteiligung ungleiche Ergebnisse hervorbringen. Ein „institutioneller Rassismus" erscheint gemeinhin als Unterform der strukturellen Diskriminierung durch öffentliche Einrichtungen und staatliche Strukturen.[28] *Nora Markard* befasst sich in ihrem Beitrag ausführlicher mit dessen Reichweite.

Eine Schwierigkeit des strukturellen Rassismus besteht darin, dass dessen Existenz vielfach über ungleiche Ergebnisse erst identifizierbar wird. Verfechter eines materiellen Gleichheitsverständnisses konzentrieren sich daher darauf, ungleiche Ergebnisse unter einen erhöhten Rechtfertigungszwang zu stellen. Übersetzt in juristische Kategorien werden strukturelle Benachteiligungen im Lichte eines materiellen Gleichheitsverständnisses gemeinhin in der Kategorie der mittelbaren Diskriminierung verhandelt. Figur und Handhabung der mittelbaren Diskriminierung stehen im Zentrum verfassungs-, europa- und völkerrechtlicher Diskussionen, ohne dass sich bisher eine einheitliche Anwendungspraxis ergeben hätte. Ganz in diesem Sinn beleuchten zahlreiche der nachfolgenden Beiträge die mittelbare Diskriminierung von verschiedenen Seiten.

3. Sprachwahl: Dilemma der Differenz

Eine Grundannahme der kritischen Rassismusforschung ist der konstruierte Charakter einer jeden Selbst- und Fremdzuschreibung, weshalb sie häufig die Partizipialkonstruktion „rassialisiert" verwendet. Die Einsicht in den konstruierten Charakter ist eng verknüpft mit der Frage, mit welchen Vokabeln man im juristischen und öffentlichen Diskurs über die diversen Ausprägungen eines Rassismus sprechen soll. Ganz anders als in den angelsächsischen Ländern wird

[25] Zum Begriff leicht zugänglich https://en.wikipedia.org/wiki/Jim_Crow_laws, letzter Zugriff: 24.6.2022.

[26] Zum historischen Kontext siehe *Jack M. Balkin*, Constitutional Redemption. Political Faith in an Unjust World, 2011, Kap. 6.

[27] Grundlegend *Richard Delgado/Jean Stefancic*, Critical Race Theory. An Introduction, 3. Aufl. 2017; instruktiv *Neil Gotanda*, A Critique of ‚Our Constitution Is Color Blind', Stanford Law Review 44 (1991), S. 1–68.

[28] Zur nicht immer einheitlichen Begriffsverwendung siehe *Robert Miles*, Bedeutungskonstitution und der Begriff des Rassismus, in: Räthzel (Hrsg.), Theorien über Rassismus, 2000, S. 17 (27–32); *Cengiz Barskanmaz*, Recht und Rassismus. Das menschenrechtliche Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse, 2019, S. 61–65; und *Mechthild Gomolla*, Direkte und indirekte, institutionelle und strukturelle Diskriminierung, in: Scherr/El-Mafaalani/Yüksel (Hrsg.), Handbuch Diskriminierung, 2017, S. 133–155.

der Rassebegriff in Kontinentaleuropa vielfach abgelehnt oder kritisch gesehen. Hierfür stehen die Debatte über eine Grundgesetzänderung sowie gleichlaufende Diskussionen in anderen europäischen Staaten und bei der Annahme der Richtlinie 2000/43/EG.[29] Bezeichnenderweise umgeht die EU-Kommission in deutschsprachigen Verlautbarungen die informelle Kurzbezeichnung als *Racial Equality Directive* und spricht stattdessen ungelenk von einer „Richtlinie zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes“.[30] Ganz offen gestand Generalanwalt Wahl, dass er aufgrund gesellschaftlicher Vorbehalte anstatt von „Rassen“ von „ethnischer Herkunft“ als Oberbegriff spricht.[31]

Eng mit dem konstruierten Charakter verknüpft ist eine Problematik, die *Susanne Baer* in Deutschland unter Formel des „Dilemmas der Differenz“ popularisierte. Gemeint ist damit, dass jeder Kampf gegen Diskriminierung zugleich die Gefahr birgt, diejenigen Kriterien zu essentialisieren, die an sich beseitigt werden sollen.[32] Anders formuliert: Von „Rasse“ – oder auch „Rassismus“ – zu sprechen, kann unbeabsichtigt eine gedankliche Segregation der Gesellschaft anhand von Merkmalen stärken, die überwunden werden sollen. Nun liegt es im Wesen von Dilemmata, dass diese nicht vermieden werden können. Es bestehen verschiedene Lösungsansätze, wie auf das Dilemma der Differenz reagiert werden soll.

Selbst innerhalb der kritischen Forschung gibt es zur Begriffsverwendung unterschiedliche Ansätze, die sich auch in der Debatte um die Streichung des Rassebegriffs aus dem Grundgesetz wiederfinden. Manche wollen den Begriff der „Rasse“ beibehalten und selbstbewusst neu besetzen; diese Position wird klassischerweise von der Critical Race Theory vertreten und in diesem Band exemplarisch von *Mathias Hong* und *Cengiz Barskanmaz* unterstützt. In der Bundesrepublik steht die Vokabel „schwul“ für die Möglichkeit einer solchen Umkodierung vom Schimpfwort zur Selbstbezeichnung.

Andere versuchen das Dilemma der Differenz durch einen begrifflichen Wandel zum „Rassismus“ abzumildern, weil dieser den Blick auf Akteure und Mechanismen lenkt. *Doris Liebscher* steht für diese Lesart. Einen Schritt weiter geht eine kulturwissenschaftliche Deutung, die hervorhebt, wie wichtig es sei, neben dem Trennenden auch über das Gemeinsame zu sprechen. Ein Bewusstsein für

---

[29] Näher *Mathias Möschel*, Law, Lawyers and Race. Critical Race Theory from the United States to Europe, 2014, S. 83–109; und *Doris Liebscher*, Rassialisierte Differenz im antirassistischen Rechtsstaat. Zu Genealogie und Verfasstheit von Rasse als gleichheitsrechtlicher Kategorie in Artikel 3 Absatz 3 Satz 1 Grundgesetz – und zu den Vorteilen einer postkategorialen Alternative, AöR 146 (2021), S. 87 (91 f., 102–104).

[30] Exemplarisch die erste Fußnote in der Mitteilung der Kommission: Eine Union der Gleichheit. EU-Aktionsplan gegen Rassismus 2020–2025, COM(2020) 565 v. 18.9.2020.

[31] Siehe GA Nils Wahl, *Jyske Finans*, C-668/15, EU:C:2016:914, Rn. 31.

[32] Siehe *Susanne Baer*, Dilemmata im Recht und Gleichheit als Hierarchisierungsverbot. Der Abschied von Thelma und Louise, Kriminologisches Journal 1996, S. 242–260; und *Mangold* (Fn. 24), S. 334–346.

Zwischenstufen und Überschneidungen kann dabei helfen, einer sich verschärfenden Konfrontationsstellung vorzubeugen und kulturelle Identifikationsmuster als teilbare Ressourcen zu verstehen. Das bedeutet wohlgemerkt keine Absage an Rassismusdebatten. Allerdings kann eine gleichzeitige Akzentuierung von „Ähnlichkeiten" den Boden dafür bereiten, die gleiche Zugehörigkeit zur deutschen Gesellschaft sprachlich und argumentativ zu stärken.[33]

Hieran anknüpfend warnen andere Stimmen angesichts der heftigen Debatten über „Identitätspolitik" davor, dass sich die gruppenbezogenen Zuschreibungen verselbständigen. Ungeachtet der theoretischen Einsicht in den konstruierten Charakter einer jeden Identität kann die Betonung gruppenbezogener Unterschiede als identifikatorischer Container vermeintlich feststehende Eigenschaften essentialisieren, ganz im Sinn eines „Gruppismus".[34] *Judith Froese* verweist in ihrem Beitrag auf die negativen Auswüchse der US-Diskussion.

III. Leitfragen des Theorietransfers

Aus dem vielfältigen interdisziplinären Kontext ergeben sich zwei Leitfragen für die Diskussion in diesem Band, die zugleich eine Antwort auf die übergeordnete juristische Thematik ermitteln helfen, welche Ausdrucksformen des Rassismus von den Diskriminierungsverboten erfasst werden und welche nicht. Gelten diese auch für kulturalisierte Formen des Rassismus, exemplarisch die „Islamfeindlichkeit"? Wie sind außerdem Erscheinungsformen eines strukturellen bzw. institutionellen Rassismus einzustufen, die nicht auf intentionalen Handlungen beruhen? Illustriert wird die Virulenz der beiden Leitfragen nachfolgend anhand von Beispielen aus dem erweiterten Bereich der Migration, der häufig im Zentrum öffentlicher und wissenschaftlicher Debatten steht. Dieser konkrete Blickwinkel erlaubt es uns, die zentralen Konfliktlinien paradigmatisch greifbar zu machen.

1. Kulturalisierte Erscheinungsformen

Wie in Deutschland über Migration gesprochen wurde, änderte sich mehrfach. Dieser Wandel verdeutlicht, was die Sozial- und Kulturwissenschaft damit meint, dass Selbst- und Fremdbezeichnungen gesellschaftlich konstruiert sind.

---

[33] Näher *Dorothee Kimmich*, Ins Ungefähre. Ähnlichkeit und Moderne, 2017; und die Beiträge zu Bhatti/dies. (Hrsg.), Ähnlichkeit – Ein kulturtheoretisches Paradigma, 2015; siehe auch *Thym* (Fn. 5), S. 67–72.

[34] Siehe *Francis Fukuyama*, Identity. The Demand for Dignity and the Politics of Resentment, 2018; und *Frank Schorkopf*, Staat und Diversität. Agonaler Pluralismus für die liberale Demokratie, 2017, S. 27–36.

In den Nachkriegsjahrzehnten wurden „Gastarbeiter“ aus der Türkei und Italien vergleichbar behandelt; man sprach übereinstimmend von „Ausländern“, „Arbeitern“ oder, in einer progressiven Wendung, „ausländischen Mitbürgern“.[35] Im Vordergrund stand die prinzipielle Nichtzugehörigkeit der „Gastarbeiter“ in formaler Hinsicht. Kulturelle Aspekte wurden nur unterschwellig thematisiert, und Religion spielte eine marginale Rolle. Freunde des deutschen Schlagers erinnern sich an „Männer mit braunen Augen und schwarzem Haar“, die zu griechischem Wein eine Musik hörten, die „fremd und südlich“ war. Undenkbar ist, dass Deutschland heute – wie weiland 1962 – einen Song über „zwei kleine Italiener“ zum Grand Prix schickt.[36]

In der gesamtgesellschaftlichen Wahrnehmung wurden Griechen und Italiener zwischenzeitlich weitgehend eingemeindet. Jedenfalls werden sie heutzutage anders beschrieben als Türkeistämmige, die nach der Jahrtausendwende plötzlich sehr viel intensiver als früher als Muslime dargestellt und wahrgenommen wurden. Der Bedeutungsgewinn der Religion wurde beschleunigt durch den islamistischen Terrorismus und den Aufstieg religiös-kultureller Beschreibungsmuster in wichtigen Herkunftsländern. Hinzu kommt das sogenannte „Integrationsparadox“, wenn die zunehmende Gleichstellung, paradigmatisch durch die Reform des Staatsangehörigkeitsrechts zur Jahrtausendwende, neue Rangordnungskonflikte entstehen lässt.[37] Die prinzipielle Zugehörigkeit der „neuen Deutschen“[38] wurde durch verschobene Trennlinien relativiert, etwa durch die Betonung der Religion oder die Vokabel des „Migrationshintergrunds“. Letzterer durchlebte als statistischer Begriff eine beachtliche Karriere und ist heute weit verbreitet.

Diese diskursiven Verschiebungen zeigen exemplarisch, dass die Merkmale gruppenspezifischer Zuschreibungen sich wandeln und immer auch kontextspezifisch sind. In Deutschland kann die öffentliche Diskussion andere Dinge akzentuieren als in den Vereinigten Staaten. Eindrücklich zeigt die dortige

---

[35] Anschaulich *Valentin Rauer*, Integrationsdebatten in der deutschen Öffentlichkeit (1947–2012), in: Ezli/Langenohl/Rauer/Voigtmann (Hrsg.), Die Integrationsdebatte zwischen Assimilation und Diversität, 2013, S. 51–86; *Özkan Ezli*, Narrative der Migration. Eine andere deutsche Kulturgeschichte, 2021; und *Jörg Hüttermann*, Zur Soziogenese einer kulturalisierten Einwanderungsgesellschaft, in: Ezli/Kimmich/Werberger (Hrsg.), Wider den Kulturenzwang, 2009, S. 95 (102–115).

[36] Leicht zugänglich sind die Lieder von Udo Jürgens („Griechischer Wein“) und Conny Froboess („Zwei kleine Italiener“) im Internet unter https://de.wikipedia.org/wiki/Griechischer_Wein, letzter Zugriff: 24.6.2022, und https://youtu.be/J3QziNCnZ1E, letzter Zugriff: 24.6.2022.

[37] Siehe *Irene ten Teije/Marcel Coenders/Maykel Verkuyten*, The Paradox of Integration. Immigrants and their Attitude toward the Native Population, Social Psychology 44 (2013), S. 278–288; und *Hüttermann* (Fn. 35), S. 115–127; in Deutschland popularisiert durch *Aladin El-Mafaalani*, Das Integrationsparadox. Warum gelungene Integration zu mehr Konflikten führt, 2018.

[38] *Herfried Münkler/Marina Münkler*, Die neuen Deutschen. Ein Land vor seiner Zukunft, 2016.

Migrationsgeschichte, dass selbst vermeintlich klare Merkmale wie die Hautfarbe, die in mehreren Diskriminierungsverboten genannt ist,[39] erst im Wechselspiel mit gesellschaftlichen Wissensbeständen ihre kontextabhängige Bedeutung erhalten. Im US-Zensus gelten Türken und Nordafrikaner als „white" oder „Caucasian", während die Selbst- und Fremdwahrnehmung von Mexikanern changiert (und in Lateinamerika nochmals anders wahrgenommen wird).[40] Katholische Italiener und Iren gehören längst zum US-Mainstream – anders als vor hundert Jahren, als sie den weißen und protestantischen Alteingesessenen als „die Anderen" erschienen.[41]

Derartige kulturalisierte Gruppenzuschreibungen stehen im Zentrum aktueller Rassismusdiskurse. Klassische Kategorien wie der Antiziganismus werden ergänzt und überlagert durch die „Islamophobie" sowie eine sozialkonstruktivistische Kritik an Vokabeln wie „Clan-Kriminalität" oder auch „Migrationshintergrund".[42] Der im öffentlichen Diskurs präsente Migrationshintergrund wird in der Wissenschaft und in politiknahen Debatten als unterschwellige Wir-ihr-Kategorisierung kritisiert, die sprachlich die Privilegien der „Bio-Deutschen" gegenüber „Eingewanderten und deren Nachkommen" fortschreibt.[43] Eine erste Leitfrage für die juristische Analyse lautet, inwiefern derartige Formen eines kulturalisierten Rassismus vom Recht erfasst werden oder nicht. Die örtliche und zeitliche Fluidität der Zuschreibungen erleichtert dieses Unterfangen nicht.

2. Struktureller Rassismus

Scheinbar neutrale Regelungen sind der Fokus der Kritik am strukturellen Rassismus aufgrund gesellschaftlicher, staatlicher und rechtlicher Anordnungen, die aufgrund ihrer förmlichen Objektivität aus einer gleichheitsbezogenen Perspektive zuerst einmal als unverfänglich erscheinen mögen. Ein klassisches Bei-

---

[39] Siehe insb. Art. 21 Abs. 1 GRCh, Art. 14 EMRK und Art. 1 Abs. 1 Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung v. 7.3.1966 (BGBl. 1969 II 961), für Deutschland in Kraft seit 19.4.1975 (BGBl. 1974 II 1233).

[40] Siehe https://www.census.gov/topics/population/race/about.html, letzter Zugriff: 24.6. 2022; und *Miri Song*, Rethinking Minority Status and ‚Visibility', Comparative Migration Studies 8 (2020), Article No 5.

[41] Anschaulich näher *Nancy Foner*, The Uses and Abuses of History. Understanding Contemporary U.S. Immigration, Journal of Ethnic and Migration Studies 45 (2019), S. 4–20.

[42] Näher *Barskanmaz* (Fn. 28), Kap. 5; und *Doris Liebscher*, Clans statt Rassen – Modernisierungen des Rassismus als Herausforderungen für das Recht, KJ 53 (2020), S. 529 (534–536).

[43] Siehe Bericht der Fachkommission der Bundesregierung zu den Rahmenbedingungen der Integrationsfähigkeit, Januar 2021, S. 218–227; und *Anne-Kathrin Will*, The German Statistical Category ‚Migration Background'. Historical Roots, Revisions and Shortcomings, Ethnicities 19 (2019), S. 535–557; allgemein auch *Naika Foroutan*, Die postmigrantische Gesellschaft. Ein Versprechen der pluralen Demokratie, 2019.

spiel ist das mehrgliedrige Schulsystem, das nicht nur im Migrationskontext dafür kritisiert wird, unterschiedliche familiäre und gesellschaftliche Startbedingungen fortzuschreiben.[44] Selbst das juristische Staatsexamen kann in die Kritik geraten, obwohl die Klausurlösungen nach Nummern korrigiert werden. Diese scheinbar perfekte Neutralität ändert jedoch nichts daran, dass schriftliche Prüfungsformate für Menschen mit Migrationsgeschichte schwerer sein können, wenn sie familiär weniger geschliffene Deutschkenntnisse vermittelt bekommen.

Im wissenschaftlichen Diskurs gibt es noch viel grundsätzlichere Debatten. *Etienne Balibar* betrachtet die Differenz zwischen der Unionsbürgerfreizügigkeit und dem prinzipiellen Einreiseverbot für Drittstaatsangehörige als neue europäische „Apartheid“[45] – ebenso wie das Sterben von Migranten und Flüchtlingen im Mittelmeer ein rassistisches europäisches Grenzregime verkörpern soll.[46] Bei einer globalen Gesamtbetrachtung erscheinen das westfälische Staatensystem und das Institut der Staatsangehörigkeit als Ausdruck neokolonialer Privilegien, die am besten überwunden werden sollten.[47] In all diesen Fällen werden nicht intentionale Ausschlusspraktiken offener oder versteckter Natur kritisiert. Vielmehr lautet die Kritik, dass gewachsenen Strukturen immanent sei, Privilegien der „White Supremacy“[48] unterhalb der Aufmerksamkeitsschwelle fortzuschreiben.

Nun wird man eine derartige Kritik am Staatensystem oder der Unionsbürgerfreizgügigkeit nicht vorschnell auf die menschenrechtlichen Diskriminierungsverbote projizieren können, weil die Unterteilung der Welt in Staaten sowie eine prinzipielle Befugnis zur Migrationssteuerung fest in das Grundgesetz, die EU-Verträge sowie das Völkerrecht eingeschrieben sind.[49] Allein das

---

[44] Exemplarisch *Baer/Markard* (Fn. 24), Art. 3 Abs. 3 GG Rn. 479, freilich ohne Hinweis, welche Rechtsfolge sich aus der Feststellung ergeben soll.

[45] Siehe *Etienne Balibar*, Nous, citoyens d’Europe: Les Frontières, l’Etat, le people, 2001, Kap. 3; sowie zur Einordnung *Manuela Bojadžijev*, Rassismus ohne Rassen, fiktive Ethnizitäten und das genealogische Schema. Überlegungen zu Étienne Balibars theoretischem Vokabular für eine kritische Migrations- und Rassismusforschung, in: Reuter/Mecheril (Hrsg.), Schlüsselwerke der Migrationsforschung, 2015, S. 275–288.

[46] Stellvertretend *Sabine Hess*, Grenzen der Demokratie: EU-Europa, Grenzgewalt, Rassismus und postkoloniale Theorie, Verfassungsblog v. 05.02.2021, https://verfassungsblog.de/grenzen-der-demokratie/, letzter Zugriff: 24.6.2022.

[47] Hierzu *Tendayi E. Achiume*, Migration as Decolonization, Stanford Law Review 71 (2019), S. 1509 (1533–1572); *Stuart Hall*, The Fateful Triangle. Race, Ethnicity, Nation, 2017; und *David Goldberg*, The Racial State, 2002, Kap. 6–8.

[48] Näher *David Gillborn*, Rethinking White Supremacy. Who Counts in ‚WhiteWorld‘, Ethnicities 6 (1998), S. 318–340; und publizistisch *Layla Saad*, Me and White Supremacy. Warum kritisches Weißsein mit dir selbst anfängt, 2021.

[49] Siehe nur Art. 23, 32, 73 Abs. 1 Nr. 2 f., 74 Abs. 1 Nr. 4, 116 GG; Art. 20, 77–79 AEUV; Art. 3 Abs. 2 Richtlinie 2000/43/EG; Art. 1 Abs. 2 f. Internationales Übereinkommen gegen Rassendiskriminierung (Fn. 39); und die Schlussbestimmungen aller internationaler Menschenrechtsverträge, die von der Existenz getrennter Staaten ausgehen.

Beispiel zeigt, dass nicht alles, was interdisziplinär als „Rassismus" beschrieben wird, notwendig dem Rechtswidrigkeitsverdikt unterliegen muss. Das gilt umso mehr, als die Kritik an migrationsrechtlichen Regelungsinhalten auch in abgemilderter Form vorkommt. Sind Abstufungen zwischen verschiedenen Zuwanderungskanälen eine mittelbare Rassendiskriminierung?

So verlangt Deutschland, bisher jedenfalls, dass die Ehegatten von türkischen oder nigerianischen Staatsangehörigen vor einem Ehegattennachzug einfache deutsche Sprachkenntnisse nachweisen, nicht aber Ehegatten aus den Vereinigten Staaten oder Frankreich.[50] Iraker oder Marokkaner dürfen nur mit einem Visum in den Schengen-Raum einreisen, ganz anders als Ukrainer, Serben oder Japaner.[51] Kritisch Forschende brandmarken dies als mittelbare Rassendiskriminierung[52] – und es wird noch zu zeigen sein, ob die Gerichtsbarkeit diese Kritik teilt oder nicht. In der Öffentlichkeit kam diese bisher innerwissenschaftliche Debatte an, als der Angriffskrieg gegen die Ukraine Anfang 2022 eine Welle der Hilfsbereitschaft hervorrief und die bessere Behandlung von Kriegsflüchtlingen aus der Ukraine als rassistisch kritisiert wurde.[53] Diese dürfen nämlich, anders als die Kriegsflüchtlinge aus Syrien und Afghanistan in den Jahren zuvor, die EU-Außengrenzen visumsfrei überschreiten und das Zielland frei aussuchen. Vorübergehenden Schutz gibt es unbürokratisch, ohne dass sie ein Asylverfahren durchlaufen müssen.

Doch auch scheinbar neutrale Anforderungen jenseits länder- und gruppenbasierter Unterscheidungen stehen in der Kritik. So führt das Fachkräfteeinwanderungsgesetz dazu, dass über dessen Zugangswege besonders häufig Arbeitskräfte aus Osteuropa sowie Ostasien eine Aufenthaltserlaubnis erhalten, weil sie über höhere Qualifikationen und bessere Sprachkenntnisse verfügen.[54] Im US-Diskurs werden derartige Unterschiede als strukturelle Rassendiskriminierung thematisiert, nachdem dort qualifikationsbasierte Kriterien die zuvor offen rassenbasierte Selektion abgelöst hatten, im Ergebnis jedoch ganz ähnliche Ergebnisse produziert hatten.[55] Eine alternative, aber verwandte Kri-

---

[50] Siehe § 30 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 AufenthG i. V. m. § 42 Abs. 1 AufenthV, wobei die Ampelkoalition im Koalitionsvertrag die Regelung abzuschaffen versprach.

[51] Siehe Anhang I f. Visa-Verordnung (EU) 2018/1806.

[52] Exemplarisch *Steve Peers*, Family Reunion and Community Law, in: Walker (Hrsg.), Europe's Area of Freedom, Security and Justice, 2004, S. 143 (189–196); und die differenzierte Analyse von *Maarten den Heijer*, Visas and Non-Discrimination, European Journal of Migration and Law 20 (2018), S. 470–489.

[53] Stellvertretend die widerstreitenden Interviews von *Sabine Hess*, „Es wird mit zweierlei Maß gemessen", Der Spiegel am 2.3.2022; und *Daniel Thym*, „Ukrainern bevorzugt zu helfen, ist kein Rassismus", Der Spiegel am 3.3.2022.

[54] Siehe BAMF, Monitoring zur Bildungs- und Erwerbsmigration: Jahresbericht 2020, August 2021, S. 19.

[55] Näher *Kevin R. Johnson*, Race Matters. Immigration Law and Policy Scholarship, Law in the Ivory Tower, and the Legal Indifference of the Race Critique, University of Illinois Law Review 2000, 525–557; und *David S. FitzGerald/David Cook-Martín/Angela S. García/*

tik betrifft die Ausbreitung eines neoliberalen Marktdenkens, das gleichheitsrechtlich als mittelbare Diskriminierung aufgrund der sozialen Herkunft thematisiert werden könnte.[56] Die für den „Rassismus“ besprochenen Problemlagen des Theorietransfers gelten entsprechend für den Vorwurf eines „Klassismus“, zumal wenn Forschende die intersektionale Verbindung zwischen sozioökonomischen und soziokulturellen Elementen akzentuieren.

3. Weitere Themenfelder

Bereits ein kursorischer Überblick über die Leitfragen zum kulturalisierten und strukturellen Rassismus zeigt, dass die juristische Analyse vortreffliche Herausforderungen zu meistern hat, die in den kommenden Jahren noch für manche Debatte sorgen werden (ganz unabhängig davon, ob das Grundgesetz geändert wird oder nicht). Dabei sind die beiden bisher präsentierten Leitfragen nicht einmal abschließend. Es gibt mindestens zwei weitere Themenfelder, die im Diskurs über Rassismus virulent sind und die auch die verschiedenen Beiträge des vorliegenden Bandes ansprechen.

Erstens stellt sich die Frage, inwiefern die Diskriminierungsverbote eine Horizontalwirkung entfalten und damit auch in privaten Rechtsbeziehungen gelten. Dies gilt jedenfalls für Machtpositionen, die bisweilen als notwendige Voraussetzung eines Rassismus identifiziert werden, weil ein solcher nur innerhalb asymmetrischer Dominanzstrukturen vorkomme.[57] Studien über den privaten Arbeits- und Wohnungsmarkt zeigen, dass private Benachteiligungen für die Wahrnehmung gesellschaftlicher Ausschlüsse durchaus relevant sind.[58] Ganz in diesem Sinne wird speziell Art. 21 GRCh eine unmittelbare Horizontalwirkung zugesprochen, die einfachgesetzlich im EU-Antidiskriminierungsrecht bisher nur für Massengeschäfte angeordnet ist.[59] Wenn man auf dieser Grund-

---

Rawan Arar, Can you Become One of Us? A Historical Comparison of Legal Selection of ‚Assimilable‘ Immigrants in Europe and the Americas, JEMS 44 (2018), S. 27–47.

[56] Hierzu *Bridget Anderson*, Us and Them? The Dangerous Politics of Immigration Control (2013) und *Antje Ellermann*, Human-Capital Citizenship and the Changing Logic of Immigrant Admissions, Journal of Ethnic and Migration Studies 46 (2020), S. 2515 (2516–2518).

[57] Siehe *Mark Terkessidis*, Die Banalität des Rassismus. Migranten zweiter Generation entwickeln eine neue Perspektive, 2004, S. 98–100; und *Birgit Rommelspacher*, Was ist eigentlich Rassismus?, in: Melter/Mecheril (Hrsg.), Rassismuskritik. Bd. 1: Rassismustheorie und -forschung, 2. Aufl. 2011, S. 25 (26–29).

[58] Siehe *Annabelle Krause/Ulf Rinne/Klaus F. Zimmermann/Ines Böschen/Ramona Alt*, Pilotprojekt „Anonymisierte Bewerbungsverfahren“. Abschlussbericht, IZA Research Report No. 44, April 2012; und *Tim Sawert*, Understanding the Mechanisms of Ethnic Discrimination. A Field Experiment on Discrimination against Turks, Syrians and Americans in the Berlin Shared Housing Market, Journal of Ethnic and Migration Studies 46 (2020), S. 3937–3954.

[59] Siehe EuGH, *Kücükdeveci*, Rs. C-555/07, EU:C:2010:21, Rn. 50 f.; und § 19 Abs. 1 AGG; sowie den Beitrag von *Katharina Pabel* in diesem Band.

lage eine Privatwirkung der Diskriminierungsverbote im Wege der Gesetzgebung oder Grundrechtsinterpretation realisierte, stellten sich nicht nur diffizile Abgrenzungsfragen: Ob etwa ein Berliner Vermieter marokkanischer Abstammung eine kenianische Wohnungsbewerberin rassistisch diskriminieren kann oder nicht.[60] Darüber hinaus wäre zu fragen, wie sich die Freiheitsrechte der betroffenen Arbeitgeber oder Vermieter außerhalb von Massengeschäften zum Gleichheitssatz verhalten.[61]

Zweitens sind positive Fördermaßnahmen ein klassisches Instrument der Gleichstellungspolitik, das in Deutschland aus der Frauenförderung bekannt ist und in den Vereinigten Staaten unter dem Schlagwort der „affirmative action" seit Jahrzehnten auch für rassische und ethnische Kriterien verwandt wird.[62] Entsprechende Forderungen werden zunehmend auch hierzulande erhoben: ganz konkret etwa eine Quote für Menschen mit Migrationshintergrund im öffentlichen Dienst, die Migrantenverbände fordern und der Berliner Senat zwischenzeitlich erwog.[63] Ob verbindliche Quotenvorgaben rechtlich zulässig sind, wird unterschiedlich bewertet – und die Debatte beeinflusst auch die Diskussion um eine mögliche Grundgesetzänderung.[64] Das Beispiel einer möglichen Quote bekräftigt im Übrigen die Ambivalenz des übergreifenden Begriffs des Migrationshintergrunds. Es steht nämlich keineswegs fest, dass dieser sich als Chiffre für einen kulturalisierten Rassismus in rechtlicher Hinsicht überhaupt eignet, weil darunter statistisch überaus viele Menschen mit europäischen (Groß-)Eltern fallen, nicht jedoch Deutsche mit dunkler Hautfarbe, deren (Groß-)Eltern bereits den deutschen Pass hatten.[65] Die interdisziplinäre Begriffsflexibilität verträgt sich nicht immer mit der Notwendigkeit nach harten juristischen Kategoriebildungen.

---

[60] Siehe auch *Bernd Stegemann*, Anerkennung kostet nichts, Der Spiegel Heft Nr. 2/2021 v. 8.1.2021, S. 110 f.

[61] Allgemein *Matthias Jestaedt*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2005), S. 300–354; und *Gabriele Britz*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2005), S. 355–402.

[62] Näher der Beitrag von *Philipp Reimer* in diesem Band; und *Mangold* (Fn. 24), S. 290–304.

[63] Siehe Bundeskonferenz der Migrantenorganisationen (Fn. 3), S. 4, 28; sowie allgemein *Johannes Eichenhofer/Farhad Dilmaghani*, Mehr Integration und Teilhabe. Zwei Vorschläge für rechtliche Neuregelungen, 2017, S. 23–25.

[64] Näher *Thomas Groß*, Die Verfassungskonformität einer Quote für Eingewanderte, JZ 2021, S. 880–886; und *Christian F. Majer/Arne Pautsch*, „Positive Diskriminierung" – Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von „Migrantenquoten" und Bevorzugung wegen Migrationshintergrundes beim Zugang zum öffentlichen Dienst, ZAR 2020, S. 414–419.

[65] Zur Herkunftsstaatsstatistik siehe Destatis, Bevölkerung mit Migrationshintergrund. Ergebnisse des Mikrozensus 2020, Fachserie 1 Reihe 2.2, Oktober 2021, S. 58–72.

IV. Dogmatische Übersetzungsleistungen

Für die Rechtswissenschaft folgt aus der Stabilitätserwartung rechtsdogmatischen Arbeitens der Auftrag, die interdisziplinäre Theorievielfalt in praxistaugliche Leitlinien zu übersetzen, welche Ausprägungen des Rassismus rechtswidrig sind und welche nicht. Der interdisziplinäre Kontext dient insofern als kritische Betrachtungsfolie. In der aktuellen Phase der Öffnung koexistieren hierbei unterschiedliche Schlussfolgerungen, abhängig von den jeweiligen Grundannahmen. Diese Deutungsvielfalt ist, wie eingangs dargelegt, vollkommen normal, macht es jedoch umso wichtiger, dass die dogmatischen „Kampfplätze" klar benannt werden, um die Debatte zu strukturieren. Unterschiedliche Lösungsangebote, wie die interdisziplinäre Begriffsvielfalt die juristische Begriffs- und Konzeptbildung beeinflusst, bestehen für mindestens vier dogmatische Themenfelder.

1. Grenzen der Diskriminierungsverbote

Aus guten Gründen stehen die Diskriminierungsverbote im Zentrum zahlreicher Diskussionen über Rassismus. Sie sind öffentlich sichtbar und verwenden Begriffe wie „Rasse", „Hautfarbe" oder „ethnische Herkunft", die sich sprachlich zur Übernahme theoretischer Erkenntnisse eignen. Speziell in Deutschland werden außerdem politische Anliegen traditionell unter Verweis auf das Grundgesetz gerechtfertigt. Insofern ist es durchaus ein Zeichen der diskursiven Anpassung, wenn Migrantenverbände sich prominent auf das Grundgesetz berufen oder dessen Änderung einfordern. Eine neue Generation schreibt sich verfassungspatriotisch in die rechtspolitische Debatte ein.[66] Doch nicht nur für den öffentlichen Diskurs sind die juristischen Diskriminierungsverbote essentiell. Völlig zu Recht stehen sie auch im Zentrum der juristischen Analyse, die gleichwohl darauf achten muss, nicht dem wissenschaftstheoretischen Problem von Hammer und Nagel zu unterliegen. Hiernach wenden wir intuitiv die vertrauten Instrumente an, um neu auftretende Fragestellungen zu bearbeiten, obgleich andere Instrumente bisweilen besser passen.[67]

Tatsächlich lassen sich nicht alle Problemlagen adäquat aus der Perspektive der Diskriminierungsverbote abbilden. Exemplarisch zeigen dies kritische Beiträge über die Argumentationsführung und Urteilsbegründung in Strafverfahren, etwa dem NSU-Prozess.[68] Dort aufgedeckten Phänomenen eines alltägli-

---

[66] Hierzu bereits *Thym* (Fn. 5), S. 50–53; sowie die verfassungstheoretische Grundlegung im Beitrag von *Mathias Hong* in diesem Band.

[67] Allgemein *Abraham H. Maslow*, The Psychology of Science, 1966, S. 15 f.

[68] Hierzu *Doris Liebscher*, Der NSU-Komplex vor Gericht. Zur Notwendigkeit einer Perspektiverweiterung in der rechtlichen Auseinandersetzung mit institutionellem Rassismus,

chen oder strukturellen Rassismus wird man schwerlich mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 3 GG begegnen können, soweit man die kritische Analyse zu teilen bereit ist. Gleiches gilt für andere Beispiele vor allem des alltäglichen und strukturellen Rassismus. Das bekräftigen die vorstehend bereits erwähnten Beispiele aus dem Bereich der Migration.

Die allermeisten Juristinnen und Juristen dürften den Gedanken für fernliegend halten, dass das BVerfG das mehrgliedrige Schulsystem für verfassungswidrig einstuft oder die Gesetzgeber auffordert, das schriftliche Staatsexamen durch mündliche Prüfungen zu ersetzen.[69] Jedenfalls scheiterten die bisherigen Versuche, die Deutschkenntnisse als Voraussetzung für den Ehegattennachzug für bestimmte Herkunftsländer vor Gericht als illegale Diskriminierung aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft einzustufen.[70] Fehlende Sprachkenntnisse von Drittstaatsangehörigen als Begründung für niedrigere Sozialleistungen erachtete der EuGH ebenso wenig als mittelbar diskriminierend wie das BAG eine Stellenausschreibung, die „sehr gute Deutschkenntnisse“ oder gar eine deutsche „Muttersprache“ verlangt.[71] Angesichts einer solchen höchstrichterlichen Spruchpraxis dürfte derzeit kaum jemand erwarten, dass Visaanforderungen für bestimmte Länder oder die Privilegierung der Fachkräftezuwanderung gerichtlich gekippt werden.

Wenn man die Critical Race Theory als Blaupause für die Auslegung der juristischen Diskriminierungsverbote erachtete, müsste die Richterschaft ihre Meinung früher oder später ändern. Mit der mittelbaren Diskriminierung steht ein Argumentationsmuster bereit, das man prinzipiell auf derartige Phänomene erstrecken könnte. So überrascht es nicht, dass die mittelbare Diskriminierung im Zentrum der deutschen verfassungsrechtlichen Diskussion steht. Im vorliegenden Band befassen sich die Beiträge von *Michael Sachs*, *Nora Markard* und *Philipp Reimer* schwerpunktmäßig mit der Thematik. Doch selbst wenn man die mittelbare Diskriminierung im Einklang mit dem Europa- und Völkerrecht für einschlägig erachtet, bestehen – wie noch zu zeigen sein wird – unterschiedliche Möglichkeiten, wie man das Institut dogmatisch bei der Obersatzbildung kon-

---

in: Karakayalı/Kahveci/dies./Melchers (Hrsg.), Den NSU-Komplex analysieren. Aktuelle Perspektiven aus der Wissenschaft, 2017, S. 81–106.

[69] Dabei ist keineswegs ausgemacht, dass mündliche Prüfungen unterschwellige Biases weniger abbilden; vgl. *Emanuel V. Towfigh/Christian Traxler/Andreas Glöckner*, Geschlechts- und Herkunftseffekte bei der Benotung juristischer Staatsprüfungen, Zeitschrift für Didaktik der Rechtswissenschaft 5 (2018), S. 115–142.

[70] Siehe BVerwGE 136, 231, Rn. 54–67; den Nichtannahmebeschluss des BVerfG, Beschl. v. 25.3.2011, 2 BvR 1413/10; sowie allgemein EGMR, Urt. v. 28.5.1985, Nr. 9214/80, 9473/81 & 9474/81 – *Abdulaziz u. a. gegen das Vereinigte Königreich*, Rn. 84–86.

[71] Siehe EuGH, *Land Oberösterreich*, Rs. C-94/20, EU:C:2021:477, Rn. 55 f., 63; BAG, Urt. v. 23.11.2017, 8 AZR 372/16, Rn. 43–52; und BAG, Urt. v. 15.12.2016, 8 AZR 418/15, Rn. 39.

struiert und praktisch bei der Subsumtion handhabt. Nicht alles, was interdisziplinär als Rassismus diskutiert wird, verstößt gegen den Gleichheitssatz.

Wohlgemerkt bedeutet es keine Reinwaschung des Status quo, wenn man die Diskriminierungsverbote nicht als Königsweg betrachtet, den vielfältigen Erscheinungsformen eines strukturellen oder alltäglichen Rassismus zu begegnen. Stattdessen kann man die interdisziplinäre Debatte in Gesellschaft und Politik zur Dekonstruktion der herrschenden Verhältnisse nutzen, auf die sodann entweder bei der Auslegung des einfachen Rechts oder sonstige Gegenmaßnahmen durch Politik und Gesellschaft zu reagieren ist.[72] Konkrete Beispiele, wie man diesseits eines verfassungsrechtlichen Rechtswidrigkeitsverdikts strukturellen und alltäglichen Benachteiligungen und Denkfiguren wirkungsvoll begegnen kann, sind eine Sensibilisierung in der Ausbildung sowie behördeninterne Organisations- und Kommunikationsreformen.[73]

Jenseits der Diskriminierungsverbote müsste ein Sammelband über „Rassismus und Grundgesetz" sich außerdem fragen, inwiefern die Dogmatik anderer Grundrechte neu gedacht werden muss: etwa die Meinungs- oder Religionsfreiheit. Dies konnte vorliegend aus Kapazitätsgründen nicht erfolgen, bleibt jedoch auf der rechtswissenschaftlichen Agenda. Exemplarisch für den Einfluss des sonstigen Verfassungsrechts stehen die langjährigen Diskussionen über die Reichweite der Meinungsfreiheit bei Beleidigungsdelikten und auch im Arbeitsrecht, das Kopftuch im öffentlichen Dienst sowie das Verbot von Schächtung und Beschneidung.[74] Im deutschen und überstaatlichen Verfassungsrecht werden derartige Fragestellungen des Rassismus nicht nur aus der Perspektive des Gleichheitssatzes diskutiert. Die Diskriminierungsverbote sind zentral, erfassen jedoch nicht alle Phänomene.

De constitutione ferenda bestünde eine Option darin, einen objektivrechtlichen Handlungsauftrag nach dem Modell von Staatszielbestimmungen einzuführen, der die rechtspolitische Debatte auch dort normativ anzuleiten vermag, wo das sonstige Verfassungsrecht kein Ergebnis vorschreibt. Tatsächlich werden im Migrationskontext Vorschläge diskutiert, die mittels einer neuen Staatszielbestimmung die Vielfalt im Einwanderungsland normativ anleiten möchten; für eine mögliche Ausgestaltung gibt es unterschiedliche Vorschläge mit jeweils

---

[72] Allgemein *Daniel Bartel/Doris Liebscher/Juana Remus*, Rassismus vor Gericht: weiße Norm und Schwarzes Wissen im deutschen Recht, in: Fereidooni/El (Hrsg.), Rassismuskritik und Widerstandsformen, 2017, S. 361–383; und *Schorkopf* (Fn. 34), S. 15–18.

[73] Exemplarisch *Maja Apelt/Hendrik Dosdall/Ray Trautwein*, Wie das Recht in die Organisation kommt. Die Akteur*innen des Antidiskriminierungsrechts in männlich geprägten Organisationen, KJ 53 (2020), S. 445–456.

[74] Aus der höchstinstanzlichen Rechtsprechung siehe exemplarisch BVerfG, Beschl. v. 2.11.2020, 1 BvR 2727/19; BVerfG, Beschl. v. 11.11.2021, 1 BvR 11/20; BVerfGE 108, 282 – *Kopftuch I*; BVerfGE 138, 296 – *Kopftuch II*; EuGH, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen u. a.*, Rs. C-426/16, EU:C:2018:335; und die Beschränkung des § 226a StGB auf weibliche Personen.

anderen Zielrichtungen.[75] Im Beitrag von *Mehrdad Payandeh* wird dargelegt, dass eine derartige Förderpflicht eine Ausprägung der dogmatisch vielschichtigen völkerrechtlichen Vorkehrungen gegen rassistische und sonstige Diskriminierungen darstellt.[76]

In der Praxis ist die Einsicht weit verbreitet, dass politische Reaktionen auf die vielfältigen Erscheinungsformen des Rassismus weit über dasjenige hinausgehen, was rechtsdogmatisch aus den Diskriminierungsverboten abgeleitet werden kann. So umfasst der Maßnahmenkatalog des Kabinettausschusses aus dem November 2020 nicht weniger als 89 Einzelmaßnahmen von der ministeriellen Strategieentwicklung über die politische Bildung bis hin zur Forschungsförderung.[77] Entsprechend enthält der aktuelle EU-Aktionsplan gegen Rassismus zwei Teile: zum einen die Evaluation und mögliche Fortentwicklung der juristischen Diskriminierungsverbote über „individuellen Rassismus“; zum anderen sonstige Maßnahmen gegen „strukturellen Rassismus“.[78] Letztere betreffen Themenfelder, die nicht oder allenfalls am Rande durch juristische Verbote erfasst werden.

2. Begriffsvielfalt in diversen Rechtsquellen

Die deutsche Rechtswissenschaft konzentriert sich traditionell auf die BVerfG-Judikatur. Deren Sichtbarkeit im öffentlichen Diskurs lebt auch davon, dass das Grundgesetz als ein Mikrokosmos präsentiert wird, in dessen Zeichen gesellschaftliche Problemlagen diskutiert und im Idealfall auch gelöst werden. Demgegenüber erscheinen das Europa- und Völkerrecht bisweilen als unbeliebte Zaungäste und werden stiefmütterlich behandelt. Ganz in diesem Sinn prägt auch die Diskussion über eine Grundgesetzänderung eine gewisse Introvertiertheit. Gewiss kann eine Verfassungsänderung für den öffentlichen Diskurs einen Anlass für eine Selbstvergewisserung bieten. Allein die dogmatische Vielfalt jenseits der Verfassung würde fortbestehen. Neben dem Grundgesetz enthalten nämlich auch die EMRK, die EU-Grundrechtecharta, die Rassengleichheitsrichtlinie 2000/43/EG sowie das Völkerrecht parallele Diskriminierungsverbote. Diese benutzen jeweils eine eigene Begrifflichkeit und sind rechtsdogmatisch ebenso wichtig wie das Grundgesetz.

---

[75] Siehe Fachkommission Integrationsfähigkeit (Fn. 43), S. 214.

[76] Allgemein zur dogmatischen Vielfalt völkerrechtlicher Grundrechtsgewährleistungen jenseits von Abwehrrechten und Gleichheitssatz siehe *Christian Tomuschat*, Human Rights. Between Idealism and Realism, 3. Aufl. 2014, Kap. 3.

[77] Näher Maßnahmenkatalog des Kabinettausschusses zur Bekämpfung von Rechtsextremismus und Rassismus, 25.11.2020.

[78] Siehe Mitteilung der Kommission (Fn. 30), S. 3–8, 18–29.

Speziell die Grundrechtecharta bindet die Mitgliedstaaten nach Art. 51 zwar „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union". Allerdings folgt hieraus im Umkehrschluss, dass alle Sachverhalte, die unionsrechtlich geregelt sind, uneingeschränkt an Art. 21 GRCh zu messen sind, der Diskriminierungen unter anderem wegen der „Rasse", der „Hautfarbe" und der „ethnischen oder sozialen Herkunft" verbietet. Über die Rassengleichheitsrichtlinie 2000/43/EG sowie das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, das zur Richtlinienumsetzung erlassen wurde, findet diese Begrifflichkeit eine zunehmende Verbreitung in der behördlichen und instanzgerichtlichen Praxis.[79] Diese Ausrichtung der Gerichtspraxis am Europarecht betrifft keineswegs nur die Antidiskriminierungsrichtlinien, denn die Grundrechtecharta erfasst sehr viel mehr Sachverhalte. Das Migrationsrecht zum Beispiel wird heutzutage in weiten Teilen durch EU-Sekundärrecht überlagert. In all diesen Rechtsgebieten können und müssen deutsche Gerichte die Grundrechtecharta anwenden.

Eine Grundgesetzänderung änderte an dieser europarechtlichen Verpflichtung rein gar nichts und könnte somit in der Gerichtspraxis unter Umständen leerlaufen. Insbesondere könnten deutsche Gerichte weiterhin die begriffliche Flexibilität des Unionsrechts vorziehen und von „ethnischer Herkunft" oder „Hautfarbe" anstatt von „Rasse" sprechen. Generalanwalt Wahl etwa konzipiert die „ethnische Herkunft" als Obergriff, der auch die „Rasse" umfasse, und in der instanzgerichtlichen deutschen Praxis ist eine solche Tendenz ebenfalls zu beobachten.[80] Dogmatisch macht es keinen Unterschied, unter welchem Topos man die Kritik des Rassismus adressiert. Alternative Analysekategorien müssen nicht mit einer geringeren Schutzdichte einhergehen, obgleich sozialkonstruktivistisch durchaus zu bedenken ist, ob mit der anderen Kategorie die Kritikintensität eventuell nachlässt.[81] Zwingend ist dies jedoch nicht.

Eine grundgesetzliche Nabelschau widerspräche also der ebenenübergreifenden Komplexität von Rechtsdogmatik und Rechtspraxis, weshalb der Titel dieses Beitrags ganz bewusst auf das „Verfassungsrecht" verweist. Verfassungsrechtliche Vorgaben gibt es in Form von Grundrechten nämlich auch auf der überstaatlichen Ebene im Europa- und Völkerrecht. Das Grundgesetz dient für den vorliegenden Sammelband als Einstiegs- und Bezugspunkt, nicht jedoch als vorrangiger oder gar alleiniger Maßstab. Ebenenübergreifende Analysen sind für die juristische Rassismusforschung unerlässlich.

[79] Zu begrifflichen Inkohärenzen in verschiedenen Sprachfassungen und zwischen unionalen Rechtsakten siehe den Beitrag von *Katharina Pabel* in diesem Band.

[80] Hierzu bereits Fn. 31 und begleitender Text; sowie *Bernhard Franke/Nathalie Schlenzka*, Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft und rassistische Diskriminierung im Spiegel von Daten und Rechtsprechung, ZAR 2019, S. 179–184; zur noch größeren Begriffsflexibilität im Völkerrecht siehe *Mehrdad Payandeh* in diesem Band.

[81] Siehe auch *Doris Liebscher/Tarek Naguib/Tino Plümecke/Juana Remus*, Wege aus der Essentialismusfalle: Überlegungen zu einem postkategorialen Antidiskriminierungsrecht, KJ 45 (2012), S. 204 (208 f.).

Dies gilt umso mehr, als die abstrakte Einsicht in die Einschlägigkeit überstaatlicher Vorgaben häufig einen Entdeckungsprozess anleitet, der sich schrittweise verstärkt. Nationale Gerichte erkennen aufgrund von Pionierurteilen, dass es einen relevanten Rechtskorpus jenseits des Grundgesetzes gibt und bewirken mit Folgevorlagen an den EuGH, dass dieser sich intensiver und ausführlicher mit der Thematik beschäftigt.[82] Im kirchlichen Arbeitsrecht war dies zuletzt paradigmatisch zu beobachten. Die Annäherung der deutschen und europäischen Grundrechte durch die BVerfG-Entscheidungen zum Recht auf Vergessen dürfte diesen Prozess beschleunigen.[83] Innerstaatlich entsteht schrittweise eine eigenständige Rechtsprechung zu den europarechtlichen Vorgaben, bisher vor allem im Arbeitsrecht, wo das Grundgesetz bisweilen gar nicht mehr genannt wird. Eine reibungsfreie Inkorporation der überstaatlichen Impulse in die deutsche Praxis ist auf der begrifflichen Ebene freilich nur begrenzt möglich. Das Grundgesetz besitzt nicht die textliche Variabilität der europa- und völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote. Eine einheitliche, ebenübergreifende Dogmatik dürfte sich schon deshalb nur im begrenzten Umfang herausbilden.[84]

3. Unwägbarkeiten der mittelbaren Diskriminierung

In der deutschen Diskussion steht häufig die Streitfrage im Vordergrund, ob Art. 3 Abs. 3 GG eine mittelbare Diskriminierung verbietet. Im vorliegenden Band behandeln die Beiträge von *Michael Sachs*, *Nora Markard* und *Philipp Reimer* diese Frage schwerpunktmäßig. Diese grundgesetzbezogene Diskussion kann den Eindruck hinterlassen, dass das „Ob“ eines mittelbaren Diskriminierungsverbots die entscheidende Konfliktlinie darstellt. Das wäre jedoch zu einfach, weil die mittelbare Diskriminierung unterschiedlich gehandhabt werden kann. Idealtypisch kann man zwei Deutungsvarianten zum „Wie“ der mittelbaren Diskriminierung abstufen. Zum einen umfasst ein enges Verständnis im Sinn eines Umgehungsverbots nur solche Vorschriften, die neutral formuliert sind, aber dennoch auf illegitimen inhaltlichen Erwägungen beruhen (man kann insofern von „versteckter Diskriminierung“ sprechen[85]). Zum anderen betrifft eine weite Deutung alle ergebnisorientierten Unterschiede und stellt

---

[82] Hierzu *Daniel Thym*, Freundliche Übernahme, oder: die Macht des „ersten Wortes“ – „Recht auf Vergessen“ als Paradigmenwechsel für die deutsche Rechtswissenschaft, JZ 2020, S. 1017 (1023 f.).

[83] Für die GG-Auslegung im Lichte des Unionsrechts siehe BVerfGE 152, 152, Rn. 63–72 – *Recht auf Vergessen I.*

[84] Siehe *Daniel Thym*, Vereinigt die Grundrechte!, JZ 2015, S. 53 (61 f.).

[85] So *Heun* (Fn. 17), Art. 3 Abs. 3 GG Rn. 109, 125; und *Uwe Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck-OK GG, 48. Edition, 2021, Art. 3 GG Rn. 215–218.

diese unter Rechtfertigungsdruck.[86] Allein die Anerkennung des Instituts der mittelbaren Diskriminierung bedeutet also nicht, dass ein materielles Gleichheitsverständnis dogmatisch Tür und Tor für eine expansive Rechtsprechungspraxis öffnet.

Dies unterstreicht die überstaatliche Judikatur von EuGH und EGMR. Zwar anerkennen die beiden Gerichtshöfe übereinstimmend, dass eine mittelbare Diskriminierung von den Grundrechten und dem unionalen Sekundärrecht erfasst wird. Die Rassengleichheitsrichtlinie beinhaltet sogar eine gesetzgeberische Definition der mittelbaren Diskriminierung, „wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einer Rasse oder ethnischen Gruppe angehören, in besonderer Weise benachteiligen können“[87]. Dies klingt weitreichend, muss es jedoch nicht sein. Ein näherer Blick auf die Luxemburger und Straßburger Rechtsprechung zeigt eine bemerkenswerte Zurückhaltung – ganz entgegen der in Deutschland bisweilen anzutreffenden Annahme, die überstaatliche Richterschaft präsentiere sich als Vorhut einer progressiven Rechtsdeutung.

So pflegt der EuGH einen funktionalen Umgang mit der mittelbaren Diskriminierung. Abhängig vom Kontext forciert der Gerichtshof diese oder auch nicht. Dies verdeutlicht der Kontrast zwischen den weitreichenden Urteilen zur Geschlechterdiskriminierung und Unionsbürgergleichbehandlung auf der einen Seite sowie der Rassengleichheitsrichtlinie und Art. 21 GRCh auf der anderen Seite. Im ersten Fall wurden materielle Gleichheitsverständnisse weitgehend in die Judikatur inkorporiert.[88] Im zweiten Fall fragt die inzwischen gefestigte Rechtsprechung danach, ob eine bestimmte Ethnie herabgesetzt wird. Unterschiedslos anwendbare Normen wie der Rekurs auf einen ausländischen Geburtsort, eine Stipendienverweigerung für ausländische Bildungsabschlüsse oder Sprachanforderungen für den Sozialleistungszugang stufte der EuGH mit einer übereinstimmenden Begründung nicht als mittelbar diskriminierend ein.[89] Die Auswirkungen müssen nämlich „zur Benachteiligung *einer* bestimmten ethnischen Gruppe führ[en]“[90] und dürfen nicht Menschen anderweitiger Herkunft generell benachteiligen. *Katharina Pabel* wird dies in ihrem Beitrag näher ausführen.

---

[86] Siehe *Mangold* (Fn. 24), S. 242–246.

[87] Art. 2 Abs. 2 Buchst. b Richtlinie 2000/43/EG; sowie in der Folge ebenso § 3 Abs. 2 AGG.

[88] Im Überblick siehe *Mark Bell*, EU Anti-Discrimination Law. Navigating Sameness and Difference, in: Craig/de Búrca (Hrsg.), The Evolution of EU Law, 3. Aufl. 2021, S. 651 (653–660); und *Mangold* (Fn. 24), S. 248–250.

[89] Siehe EuGH, *Jyske Finans*, Rs. C-668/15, EU:C:2017:278, Rn. 30–35; EuGH, *Maniero*, Rs. C-457/17, EU:C:2018:912, Rn. 46–51; und EuGH, *Land Oberösterreich* (Fn. 71), Rn. 55 f., 63; kritisch etwa *Shreya Atrey*, Race Discrimination in EU law after *Jyske Finans*, CML Rev. 55 (2018), S. 625 (632–641).

[90] EuGH, *Maniero* (Fn. 89), Rn. 48 (eigene Hervorhebung).

Damit nähert sich der EuGH demjenigen an, was einführend als Umgehungsverbot in Bezug auf „versteckte“ Diskriminierungen bezeichnet wurde, ohne dass der Unterschied zum materiellen Gleichheitsverständnis der Judikatur zur Geschlechterdiskriminierung thematisiert würde. Stattdessen verschleiern die Verweisketten einen Kontinuitätsbruch, der im ersten Urteil zur Rassengleichheitsrichtlinie noch nicht vollzogen war. Damals wurde eine materielle Schlechterstellung von Roma unter Verweis auf die frühere Gleichheitsjudikatur als mittelbare Diskriminierung eingestuft.[91] Einmal abgesehen von der für deutsche Verhältnisse defizitären Begründungspraxis ist das iterative Vorgehen durchaus typisch. Ganz anders als das BVerfG präsentiert der EuGH selten ein kohärentes dogmatisches Gesamtbild im Sinn eines architektonischen Bauplans. Stattdessen entwickelt sich die Rechtsprechung „Stein auf Stein“ inkrementell.[92] Statt dogmatischer Stimmigkeit im Lichte übergreifender Theorieansätze ergibt sich, in freier Anlehnung an die angelsächsische Präjudizienpraxis, eine kontextabhängige Ergebnissuche. Eine Ungleichbehandlung aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft wird anders behandelt als wegen des Geschlechts oder der Unionsbürgerschaft.

Eine ähnliche Gemengelage ergibt sich, wenn auch mit anderweitiger Gewichtung, bei der Straßburger Menschenrechtsjudikatur. So zeigt die Anwendung des Gleichheitssatzes im Migrationskontext eine bemerkenswerte Kombination restriktiver Begründungsmuster mit flexibilisierenden Formulierungen für Ungleichbehandlungen im Lichte anderer Merkmale als der Rasse oder ethnischen Herkunft.[93] Letztere wurden in der Judikatur bisher nur vereinzelt herangezogen, obwohl sehr viel mehr Sachverhalte im Lichte des interdisziplinären Diskurses einen Anlass für entsprechende Aussagen geboten hätten. Diese Selbstbeschränkung folgt teilweise der prozessualen Konstellation, wonach der EGMR nur diejenigen Grundrechte prüft, deren Verletzung explizit gerügt worden war. Nichtsdestotrotz sollte eine holistische rechtswissenschaftliche Analyse diejenigen Entwicklungen einbeziehen, die den Gleichheitsaspekt ignorieren oder nonchalant beiseite wischen.

Insbesondere wäre es zu einseitig, aus einer Entscheidung der Großen Kammer aus dem Jahr 2007 zur Diskriminierung von Roma im tschechischen Schulwesen eine generell großzügige Marschroute für die mittelbare Rassendiskrimi-

---

[91] Siehe die Verweise in EuGH, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, Rs. C-83/14, EU:C:2015:480, Rn. 101, auf die die soeben genannten Urteile für die Definition der mittelbaren Diskriminierung weiterhin verweisen, obwohl diese inzwischen anders gehandhabt wird.

[92] Siehe *Joseph H.H. Weiler*, Epilogue: Judging the Judges – Apology and Critique, in: Adams/Meeusen/Straetmans/de Waele (Hrsg.), Judging Europe's Judges. The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice Examined, 2013, S. 235–254.

[93] Im Überblick siehe *Daniel Thym*, Legal Framework for EU Immigration Policy, in: ders./Hailbronner (Hrsg.), EU Immigration and Asylum Law. Article-by-Article Commentary, 3. Aufl. 2022, Rn. 37–41.

nierung abzuleiten.[94] Dafür fehlt eine belastbare Folgejudikatur, die den Gedankengang verstetigt und hinsichtlich der Reichweite erklären hilft. Stattdessen deutet ein Urteil aus dem Jahr 2017 in eine andere Richtung. Im Verfahren *Biao* erkannte die Große Kammer zwar eine dänische Differenzierung beim Familiennachzug zu Dänen, die nicht schon seit 28 Jahren den dänischen Pass haben, als mittelbar diskriminierend. Allerdings folgte diese Einstufung nicht allein aufgrund des Umstands, dass Personen mit Migrationshintergrund schlechter gestellt waren. Stattdessen konzentrierte sich die Große Kammer darauf, dass die Argumente im Gesetzgebungsverfahren „vorherrschende gesellschaftliche Vorurteile" gegen Neubürger offenbarten.[95] Diese Begründung erinnert, ähnlich wie beim EuGH, an das engere Verständnis eines Umgehungsverbots für versteckte Diskriminierungen.

Auf der völkerrechtlichen Ebene ist die Situation vergleichbar. Zwar bietet der Ausschuss zur Beseitigung der Rassendiskriminierung (CERD) ungeachtet aller dogmatischer Ungenauigkeiten einen progressiven Ausblick, der das Verbot der Rassendiskriminierung prinzipiell weit handhabt. *Mehrdad Payandeh* wird die Ausschusspraxis in seinem Beitrag ausführlich darstellen. Bei der dogmatischen Einordnung ist allerdings Vorsicht angezeigt. Zum einen umfasst das völkerrechtliche Diskriminierungsverbot gleichermaßen harte Verbote und weiche Förderpflichten nach dem Modell von Staatszielbestimmungen. Zum anderen sind die Sichtweisen des Ausschusses schlicht nicht rechtsverbindlich.[96] So folgte der Internationale Gerichtshof (IGH) ganz bewusst nicht der weiten Lesart des Ausschusses, als Qatar sich beschwerte, dass Reiseverbote für ein bestimmtes Land eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Rasse oder des „nationalen Ursprungs" (*national origin*) darstellten.[97] Überstaatlich erweist sich die mittelbare Diskriminierung nicht als Schlüssel, um eine materielle Ergebnisgleichheit zu erzwingen.

4. Nachweise mittelbarer Diskriminierung

Soweit man die mittelbare Diskriminierung als prinzipielles Gebot der materiellen Ergebnisungleichheit versteht, was, wie dargelegt, keineswegs ausgemacht ist, bleibt zu klären, wann eine mittelbare Diskriminierung anzunehmen ist.

[94] Siehe EGMR (GK), Urt. v. 13.11.2007, Nr. 57325/00 – *D.H. u.a./Tschechien*, Rn. 180, 185–195; sowie, zur Einordnung, *Barskanmaz* (Fn. 28), Kap. 11.

[95] Siehe EGMR (GK), Urt. v. 24.5.2016, Nr. 38590/10 – *Biao/Dänemark*, Rn. 125 f. (eigene Übersetzung).

[96] Allgemein BVerfGE 128, 282, Rn. 52 – *Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug*; und *Tomuschat* (Fn. 76), Kap. 7 f.

[97] Siehe IGH (Fn. 18), Rn. 71–105, 109–113; kritisch *Cathryn Costello/Michelle Foster*, Race Discrimination Effaced at the International Court of Justice, American Journal of International Law Unbound 115 (2021), S. 339–344.

Hierzu ein Beispiel. Eine mittelbare Rassendiskriminierung universitärer Auswahlverfahren wird man schwerlich allein auf die ergebnisbezogene Beobachtung stützen können, dass juristische Lehrstühle in Deutschland (und der gesamten westlichen Welt) vorwiegend mit „weißen“ Männern, sowie zunehmend auch Frauen, besetzt sind. Dafür sind die Wirkungszusammenhänge viel zu vielfältig. Dies gilt auch dann, wenn man mit dem Europa- und Völkerrecht davon ausgeht, dass mittelbare Diskriminierungen leichter zu rechtfertigen sind.[98] Spätestens bei der Analyse der Rechtfertigungsgründe kehrte das Problem nämlich zurück. Wenn in unserem Beispiel die Auswahlverfahren als Rechtfertigung für den statistischen Anschein einer Diskriminierung dienten, wäre zu fragen, wie der Nachweis deren Neutralität gelingen soll, wenn es auf einer hohen Abstraktionsebene um die statistischen Ergebnisse geht und nicht um ein bestimmtes Verfahren oder einzelne Unis.

Die Dogmatik der mittelbaren Diskriminierung besitzt hier eine, soweit ersichtlich, bislang weitgehend unbearbeitete offene Flanke, die *Philipp Reimer* näher darlegen wird. Im Fall der Geschlechtergleichheit waren die Nachweisprobleme weniger relevant, weil sich dort ungleiche Ergebnisse aufgrund der tatsächlichen Wirkungszusammenhänge sehr viel häufiger als Indiz für eine strukturelle Benachteiligung eigneten. Gleiches gilt für die zuvor erwähnten Urteile des EGMR und des EuGH zur Diskriminierung von Roma. Dagegen sind die Zusammenhänge im hier verhandelten Kontext vielschichtiger. Das veranschaulicht die bereits erwähnte Forderung nach einer „Migrationshintergrundsquote“ für den öffentlichen Dienst. Eine Grundannahme der empirischen Sozialforschung lautet, dass statistische Korrelationen nicht mit Kausalitäten verwechselt werden dürfen. Anders formuliert: Ungleiche Ergebnisse für bestimmte Vergleichsgruppen müssen nicht heißen, dass deren Unterschiedlichkeit der kausale Faktor für das ungleiche Ergebnis war.[99]

Warum Menschen mit Migrationshintergrund in der Verwaltung weniger vorkommen, kann unterschiedliche Ursachen haben, die sich noch dazu geographisch und aufgabenbezogenen unterscheiden: strukturelle Faktoren wie die fehlende Staatsangehörigkeit als objektive Zugangshürde; eine fehlende Eignung und Befähigung aufgrund begrenzter Deutschkenntnisse oder niedrigerer Bildungsabschlüsse; offene oder versteckte Diskriminierungen im Auswahlverfahren; anderweitige Aspirationen mangels entsprechender Vorbilder oder einer Präferenz für die Privatwirtschaft; das hohe Alter der Beschäftigten im Vergleich zu den häufig jungen Menschen mit Migrationshintergrund; und so weiter.[100] Erschwert werden belastbare Aussagen dadurch, dass die Datengrundlage häufig schlecht ist, auch weil in Deutschland und vielen anderen europä-

---

[98] Zu dem Konnex siehe *Mangold* (Fn. 24), S. 259–266; siehe auch EGMR, *D.H. u.a./Tschechien* (Fn. 94), Rn. 180, 196.

[99] Leicht zugänglich https://de.wikipedia.org/wiki/Korrelation, letzter Zugriff: 24.6.2022.

[100] Zusammenfassend Sachverständigenrat für Integration und Migration (SVR), Normal-

ischen Ländern keine Daten über „Rasse“ und „ethnische Herkunft“ erhoben werden.[101] *Judith Froese* wird in ihrem Beitrag auf die Probleme anderweitiger Erhebungsmethoden hinweisen, etwa aufgrund einer Selbsteinstufung. Im genannten Fallbeispiel hinzu kommt die bereits erwähnte Frage, ob der Migrationshintergrund sich überhaupt als Proxy für eine rassistische Diskriminierung eignet, weil die erfasste Personengruppe sehr divers ist.

Eine saubere Analyse der sozialwissenschaftlichen Wirkungszusammenhänge kann im Rahmen der Datenlage helfen, die Kausalitäten zu identifizieren und damit aufzuzeigen, wo staatliche Reaktionsmöglichkeiten ansetzen können. Deutsche und europäische Aktionspläne gegen Rassismus adressieren zahlreiche derartige Problemlagen. Dagegen bleibt zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch weitgehend unklar, inwiefern auch die Diskriminierungsverbote eine mögliche Abhilfe bereitstellen, wenn die Kausalitäten empirisch komplex und uneinheitlich sind. Die Rechtsprechung hat sich bislang aus derartigen Analysen weitgehend herausgehalten.[102] Rechtswissenschaftliche Arbeiten über Rassismus und Verfassungsrecht werden auch in dieser Hinsicht in den kommenden Jahren noch für manche Debatte sorgen.

V. Fazit

Binnen kurzer Zeit entfaltete sich in der Bundesrepublik eine lebhafte Diskussion über ein Thema, das zuvor wenig beachtet worden war. „Rassismus“ wurde eine gebräuchliche Vokabel. Politische Aktionspläne entwickelten Abhilfemaßnahmen und es wird über eine Grundgesetzänderung diskutiert. Dem vorliegenden Sammelband dienen all diese Debatten als Anlass für eine Standortbestimmung, wie sich die vielfältigen Erscheinungsformen eines Rassismus zu den juristischen Diskriminierungsverboten im Grundgesetz sowie dem Europa- und Völkerrecht verhalten. Eine solche Standortbestimmung ist – ganz unabhängig von einer möglichen Grundgesetzänderung – dringend notwendig. Die juristische Rassismusforschung benötigt ein dogmatisches Update, das die bestehenden Annahmen im Lichte der interdisziplinären und gesellschaftlichen Debatten überprüft und gegebenenfalls neue Lösungsansätze entwickelt, wie sich Rassismus und Verfassungsrecht zueinander verhalten.

---

fall Diversität? Wie das Einwanderungsland Deutschland mit Vielfalt umgeht, Jahresgutachten 2021, S. 71–76, an dem der Autor als stellvertretender Vorsitzender mitwirkte.

[101] Näher *Möschel* (Fn. 29), S. 117 f.; zu Optionen siehe *Anne-Luise Baumann/Vera Egenberger/Linda Supik*, Erhebung von Antidiskriminierungsdaten in repräsentativen Wiederholungsbefragungen. Bestandsaufnahme und Entwicklungsmöglichkeiten (Antidiskriminierungsstelle des Bundes, 2018).

[102] Anschaulich *Niels Petersen*, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, Der Staat 49 (2010), S. 435–455.

Eine derartige Überprüfung ist mit der Herausforderung konfrontiert, dass unter „Rassismus“ sehr viel mehr Themen verhandelt werden als Benachteiligungen aufgrund eines biologischen Rassismusverständnisses mit Blick auf vermeintlich vererbbare Merkmale. Im Fokus der interdisziplinären Debatte stehen heutzutage kulturalisierte Formen des Rassismus, exemplarisch in Form der „Islamophobie“. Ergänzend popularisierte im US-Kontext die Critical Race Theory den Begriff des „strukturellen Rassismus“ für solche Benachteiligungen, die so fest in gesellschaftliche oder staatliche Strukturen eingeschrieben sind, dass diese auch ohne individuelle Benachteiligung ungleiche Ergebnisse hervorbringen. Aus struktureller Perspektive erscheint eine bloße Begründungsneutralität als unzureichend. Scheinbar neutrale Regelungen können tieferliegende Benachteiligungen verdecken.

Aus diesem interdisziplinären Kontext ergibt sich eine doppelte Leitfrage für die rechtswissenschaftliche Analyse im vorliegenden Band: Inwiefern werden kulturalisierte und strukturelle Ausdrucksformen des Rassismus von den juristischen Diskriminierungsverboten erfasst? Der vorliegende Beitrag erläuterte die praktische und dogmatische Relevanz der beiden Leitfragen anhand konkreter Beispiele aus dem erweiterten Bereich der Migration. Mit Blick auf die Kulturalisierung wurde deutlich, dass sich im Laufe der Jahre mehrfach veränderte, wie in Deutschland über Migration gesprochen wurde. Vor diesem Hintergrund zeigen aktuelle Debatten über den „Migrationshintergrund“ oder die „Clan-Kriminalität“, wie schwierig die Reichweite der Diskriminierungsverbote hinsichtlich kulturalisierter Rassismusformen zu bestimmen sein kann. Darüber hinaus wird gegen verschiedenste Vorschriften zunehmend der Vorwurf einer strukturellen Diskriminierung erhoben. Teilweise wird sogar die Unterteilung der Welt in Staaten als neokoloniale Privilegienzuweisung kritisiert; andere thematisieren die ungleichen tatsächlichen Auswirkungen des Fachkräfteeinwanderungsgesetzes oder die andere Behandlung von Kriegsflüchtlingen aus der Ukraine.

Übersetzt in juristische Kategorien betreffen die genannten Streitpunkte zum einen die Definition des Rassismusbegriffs und zum anderen die Handhabung der mittelbaren Diskriminierung. In beiden Fällen bestehen grundlegende Unwägbarkeiten, die durch ebenenübergreifende Unterschiede zwischen dem nationalen, europäischen und internationalen Recht noch verstärkt werden. So besteht im Europa- und Völkerrecht eine begriffliche Flexibilität, die das Grundgesetz nicht kennt. Die „ethnische Herkunft“ sowie die „Hautfarbe“ erlauben deutschen und überstaatlichen Gerichten, den belasteten Rassebegriff zu umgehen. Für die zweite Leitfrage wird deutlich, dass die juristischen Diskriminierungsverbote nicht notwendig alle Ausdrucksformen eines strukturellen und alltäglichen Rassismus erfassen. Dies bedeutet wohlgemerkt keine Reinwaschung des Status quo, weil Politik und Gesellschaft mittels des einfachen Rechts und mit sonstigen Maßnahmen gegen diejenigen Erscheinungsfor-

men eines strukturellen und alltäglichen Rassismus angehen können, die keinem Verdikt der Verfassungswidrigkeit unterliegen.

Mit Blick auf das Grundgesetz ist umstritten, ob dieses überhaupt eine mittelbare Diskriminierung verbietet oder nicht. Überstaatlich besteht diese Unsicherheit nicht – und dennoch ergeben sich auch dort Unwägbarkeiten. Während der EuGH und auch der EGMR bei Geschlechterfragen ein materielles Gleichheitsverständnis stützen, zeigt die Rechtsprechungspraxis bei der ethnischen bzw. rassebezogenen Benachteiligung eine Präferenz für ein enges Verständnis der mittelbaren Diskriminierung im Sinn eines Umgehungsverbots in Bezug auf versteckte Diskriminierungen. Dogmatisch weitgehend unbearbeitet ist die Frage, inwiefern eine ergebnisbezogene Betrachtung, so man diese für juristisch überhaupt relevant erachtet, den Unterschied zwischen Korrelationen und Kausalitäten verarbeitet, wenn die Wirkungszusammenhänge deutlich komplizierter sind, als dies bei der Geschlechterdiskriminierung der Fall war. Es ist dies nur eine von vielen dogmatischen Fragestellungen, die dringend bearbeitet werden müssen und für die die Beiträge im vorliegenden Band mögliche Antworten erkunden.

Das Verbot der Diskriminierung eines Menschen „wegen seiner Rasse“

Eine dogmatische Standortbestimmung mit Blick auf die anvisierte Verfassungsänderung

Michael Sachs †

I. Einführung

Das mir so gestellte Thema[1] ist wegen des Bezugs auf „die anvisierte Verfassungsänderung“ (dazu später näher, III.)[2] nur auf Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG zu beziehen. Dieser enthält den gerade im inter- und supranationalen Bereich schon aus sprachlichen Gründen jedenfalls in englischsprachigen Texten („discrimination“) verbreitet verwendeten Begriff der „Diskriminierung“ nicht.[3] Doch ist der Begriff offenbar so „sexy“, dass ihm gern der Vorzug vor

---

[1] Im mir zunächst zugesandten Konzept der Veranstalter lautete das Thema noch: „Das kleine Wörtchen ‚wegen‘ und seine Bedeutung für das (Nicht-)Vorliegen von Rassismus“.

[2] Im Folgenden werden nur von maßgeblichen Staatsorganen oder ihren Teilen in Form von Entwürfen ins Auge gefasste Änderungen berücksichtigt, nicht die Vorschläge Privater, auch wenn diese erkennbar in mancher Beziehung Pate gestanden haben mögen, wie etwa *Hendrik Cremer*, Das Verbot rassistischer Diskriminierung, Vorschlag für eine Änderung von Artikel 3 Absatz 3 Satz 1 GG, https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen/Analyse_Studie/Analyse_Verbot_rassistischer_Diskriminierung.pdf, 2020, letzter Zugriff: 24.5.2022; auch schon *ders.*, Ein Grundgesetz ohne „Rasse“, Vorschlag für eine Änderung von Art. 3 GG, https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/Publikationen/Policy_Paper/policy_paper_16_ein_grundgesetz_ohne_rasse.pdf, 2010, letzter Zugriff: 24.5.2022; für eine Ersetzung von Rasse durch „ethnische Herkunft“ *Marco Buschmann*, Rassen entstehen durch Rassismus, Recht und Politik 56 (2020), S. 247; für eine Ersetzung durch die Formulierung „körperliche Merkmale“ *Christian F. Majer/Arne Pautsch*, Das Grundgesetz und Diskriminierung wegen der „Rasse“ – Anmerkungen zur geplanten Neufassung von Artikel 3 Absatz 3 GG, NJ 4/2021, S. 149 (151); skeptisch gegenüber einer Streichung des Rassebegriffs *Christian Geulen*, „Rasse“, Rassismus und Antirassismus, Recht und Politik 56 (2020), S. 252.

[3] Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948 wendete sich allerdings primär gegen die „distinction“ nach enumerierten Merkmalen (Art. 2), versprach aber in Art. 7 „equal protection“ ohne „any discrimination“. Später wird vor allem „discrimination“ verwendet, wobei es im Französischen (nur) teilweise bei der „distinction“ verbleibt, so Art. 2 Abs. 2 IPbürgR. Dominant ist der Begriff durch die Antidiskriminierungskonventionen in Bezug auf (das weibliche) Geschlecht und Rasse geworden.

der Formulierung des Grundgesetzes eingeräumt wird;[4] dieses wendet sich dagegen, dass jemand „wegen" der in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG aufgezählten Merkmale „benachteiligt oder bevorzugt" wird. An dieser Begrifflichkeit und der die nachteilige oder vorteilhafte Wirkungsrichtung zusammenfassenden „Unterscheidung" möchte ich auch hier festhalten.

Allein dies schützt zwar nicht vor inhaltlicher Verschiebung, wie der gegen „Benachteiligungen" gerichtete Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG von 1994 zeigt, dessen Rechtswirkungen weitgehend in ganz andere Richtungen zielen und mit dem Verbot von Benachteiligungen jedenfalls im bis dahin maßgeblichen Verständnis nur partiell zu erfassen sind.[5] Doch wird es zumindest erschwert,[6] dass mit dem Begriff der „Diskriminierung" verknüpfte Vorverständnisse an Art. 3 Abs. 3 GG herangetragen werden, die seine Auslegung von vornherein verschieben könnten. Dies gilt sowohl für die aus dem Unionsrecht[7] ins deutsche Recht[8] eingesickerte Doppelausrichtung gegen „unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung",[9] als auch für die dem Begriff der Diskriminierung gern

---

[4] Selbst der Buchtitel meiner eigenen, 1987 erschienenen Habilitationsschrift („Grenzen des Diskriminierungsverbots" [so auf dem Titelblatt; auf dem Cover steht stattdessen irrtümlich „Diskriminierungsverbotes"]) verwendet den Begriff, weil der Verlag meinte, damit eher das Interesse potentieller Käufer zu wecken. Die 1984 fertiggestellte Qualifikationsschrift selbst sprach demgegenüber im Titel und auch sonst von „Unterscheidungsverbot". In der weitestgehend unveränderten Buchversion wird dieser Begriff im Untertitel („Eine Untersuchung zur Reichweite des Unterscheidungsverbots nach Art. 3 Abs. 2 und 3 Grundgesetz") und durchweg im Text bewahrt.

[5] *Michael Sachs*, Das Grundrecht der Behinderten aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, RdJB 1996, S. 154; *ders.*, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/2, 2011, S. 1767 ff.

[6] Tatsächlich war der Begriff des Diskriminierungsverbots (auch der der Diskriminierung) in den Diskussionen der Gemeinsamen Verfassungskommission (von Bundestag und Bundesrat) durchaus präsent, vgl. den Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, BT-Drs. 12/6000, S. 52 f. Selbst das BVerfG verwendet ihn mit explizitem Bezug auf Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, von dem gesagt wird, er wende sich gegen „rassistische Diskriminierung", BVerfG, NZA 2020, S. 1704, Rn. 11; weniger deutlich auch schon BVerfGE 144, 20, Rn. 541.

[7] Vgl. Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie des Rates v. 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (RL 2000/43/EG), ABl. Nr. L 180 S. 22.

[8] S. § 4 Abs. 1, 2 Landesantidiskriminierungsgesetz (für Berlin) v. 11.6.2020, GVBl. S. 532. Das AGG unterscheidet – allerdings ohne Rückgriff auf den Diskriminierungsbegriff, der nur bei den Antidiskriminierungsverbänden oder -stellen verwendet wird – in § 3 Abs. 1 und 2 zwischen unmittelbaren und mittelbaren Benachteiligungen.

[9] Die Erweiterung um „Belästigungen", wie in § 3 Abs. 3 und 4 AGG, liegt vollends außerhalb des (notwendigen) Bezugs auf Unterscheidungen wegen eines der genannten Merkmale, weil auch unterschiedslos zumal gegen Personen jeglichen Geschlechts gerichtete Verhaltensweisen der im Gesetz benannten Art erfasst sind. Vgl. auch *Gregor Thüsing*, in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, AGG § 3 Rn. 56 f.

beigelegte Konnotation der Unsachlichkeit[10] oder auch der persönlichkeitsrechtsverletzenden Qualität.[11]

II. Zur Bedeutung des Verbots der Unterscheidungen „wegen der Rasse“

1. Die Bedeutung des „wegen“ in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG

Die Auslegung des „kleinen Wörtchens“ „wegen“ im Rahmen des Unterscheidungsverbots ist Teil der traurigen Geschichte der Versuche, der strikten Anwendung des Unterscheidungsverbots des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG auszuweichen.

Für das „Geschlecht“ geschah dies insbesondere mit Hilfe der ungeschriebenen Voraussetzung der Vergleichbarkeit, die namentlich „im Hinblick auf die objektiven biologischen oder funktionalen (arbeitsteiligen) Unterschiede“ der Geschlechter fehlen können sollte.[12] Dies ermöglichte nicht nur, stereotype Rollenbilder, insbes. der Hausfrauenehe, als Ausdruck funktionaler Unterschiede lange aufrecht zu erhalten.[13] Auch machte angebliche Unvergleichbarkeit wegen biologischer Verschiedenheiten von Männern und Frauen es möglich, dass homosexuelles Verhalten trotz des Verbots von Unterscheidungen nach dem Geschlecht nur bei Männern unter Strafe gestellt blieb.[14]

---

[10] So jedenfalls im Ausgangspunkt das Verständnis des EGMR von „discrimination“ (englisch), allerdings auch der an sich neutralen „distinction“ (französisch) in Art. 14 EGMR seit dem Belgischen Sprachenfall, Entscheidung v. 23.7.1968, Ser. A Nr. 6; dazu ausführlich kritisch schon *Michael Sachs*, Art. 14 EMRK: Allgemeines Willkürverbot oder striktes Unterscheidungsverbot, ÖZöR 34 (1984), S. 333 ff. Zur zwischenzeitlichen Ausdifferenzierung der Maßstäbe durch den EGMR bei bestimmten Kriterien nur *Michael Sachs*, in: Stern/Sachs (Hrsg.) Europäische Grundrechte-Charta GRCh, 2016, Art. 21 Rn. 20 m. w. N.

[11] Vgl. namentlich *Jürgen Salzwedel*, Gleichheitsgrundsatz und Drittwirkung, in: FS Hermann Jahrreiß, 1964, S. 339 (345 ff.), und dagegen schon *Sachs* (Fn. 4), S. 310 f.

[12] Noch ohne den Begriff der „Vergleichbarkeit“ zunächst in BVerfGE 3, 225 (242), wo diese Möglichkeit (im Familienrecht) nachgerade für selbstverständlich erklärt und mit Art. 6 Abs. 1 GG in Verbindung gebracht wurde; ohne Weiteres von BVerfGE 5, 9 (12) auch für das Arbeitsrecht übernommen; zur Grundsatzaussage der ersteren Entscheidung s. noch zu und in Fn. 18.

[13] 1979 noch verbal fortgeführt, aber doch der Sache nach für ledige Frauen aufgegeben in BVerfGE 52, 369 (374 ff.); ausführlich dazu *Michael Sachs*, Der Hausarbeitstag in der Rückschau, in: FS Ulrich Preis, 2021, S. 1123.

[14] BVerfGE 6, 389 (422 ff.); hier wurde die Forderung nach „Vergleichbarkeit“ erstmalig unter diesem Begriff für das Unterscheidungsverbot aufgestellt. Zur Vergleichbarkeit ausführlich *Sachs* (Fn. 4), S. 330 ff. Seit dem Nachtarbeitsurteil von 1991, BVerfGE 85, 191 (207 ff.), kommt die einschlägige Judikatur ohne den Begriff der Vergleichbarkeit aus, lässt vielmehr, allerdings wohl ganz gleichbedeutend, differenzierende Regelungen grundsätzlich nur zu, wenn sie „zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich“ sind; auch dazu *Sachs*, in: Stern (Fn. 5), S. 1649 ff. Nicht recht passend und in der Bedeutung unklar ist dabei die Forderung nach

Allgemein wurden die Tatbestandsmerkmale „benachteiligt oder bevorzugt werden“ in ganz unterschiedlicher Weise herangezogen, um die durch Art. 3 Abs. 3 GG eigentlich untersagten Unterscheidungen doch für verfassungsgemäß zu erklären.[15] Vor allem konnten diese Begriffe ohne großen argumentativen Aufwand dahin gedeutet werden, dass sie nur sachwidrige Unterscheidungen erfassten, nicht aber Differenzierungen, die sich als Ausdruck des „suum cuique“ darstellen ließen. Dem entspricht es, dass im NS-Staat den unterschiedlichsten Zurücksetzungen von Juden aus rassistisch verblendeter Sicht geradezu selbstverständlich sachliche Berechtigung zugesprochen wurde,[16] so dass es sich nicht um so relativierend verstandene „Benachteiligungen“ gehandelt hätte.

Daneben war aber gerade auch das „wegen“ der Ausgangspunkt für teils skurrile Versuche in Rechtsprechung und Schrifttum, dem so unerfreulich klar gefassten Unterscheidungsverbot dennoch auszuweichen. Die Details der seinerzeitigen, vielfältigen Argumentationen können hier nicht dokumentiert werden.[17] Zentrale Bedeutung hatten einige miteinander verwandte Modelle, mit denen vor allem versucht wurde, den mit dem „wegen“ bezeichneten Zusammenhang zwischen dem Merkmal und der jeweils getroffenen Unterscheidung zu leugnen.

Das Modell des Kausalzusammenhangs wurde teils in unbedenklicher Weise verwendet, wenn nur ein Bedingungszusammenhang zwischen Tatbestandsmerkmal und Rechtsfolge verlangt wurde;[18] es bot aber auch Raum dafür, auf die *Beweg*gründe der handelnden Stelle abzustellen. Damit wurde die Möglichkeit geschaffen, auch bei tatbestandlicher Anknüpfung von Regelungen an eines der verbotenen Merkmale zu behaupten, diese sei nicht „wegen“ erfolgt, sondern aus anderen Motiven. So verlangte der Beschluss des BVerfG zum Notaufnahmegesetz (NAG) im Hinblick auf das (dort kursiv hervorgehobene) „wegen“, dass „ein kausaler Zusammenhang zwischen einem der aufgeführten Gründe und der Benachteiligung oder Bevorzugung gegeben sei muß.“ Wäh-

---

zwingender Erforderlichkeit, die es wenig sinnvoller Weise ausschließen würde, nur auf Menschen eines Geschlechts passende, damit vor dem Unterscheidungsverbot unbedenkliche Regelungen zu erlassen, wenn sie nicht unverzichtbar wären.

[15] Dazu eingehend *Sachs* (Fn. 4), S. 244 ff.; auch *ders.*, in: Stern (Fn. 5), S. 1632 ff.

[16] Dazu *Sachs* (Fn. 4), S. 328 f. mit Nachweisen in Fn. 456, 457.

[17] Dazu näher *Sachs*, in: Stern (Fn. 5), S. 1752 ff., und ausführlicher vorher *Sachs* (Fn. 4), S. 390 ff. Dort auch passim zu anderweitigen Ansätzen, das doch eigentlich glasklare Unterscheidungsverbot zu umgehen, obwohl schon BVerfGE 3, 225 (240) festgestellt hatte, dass das Grundgesetz mit Art. 3 Abs. 3 die Frage, ob die aufgeführten Merkmale Anlass für Unterscheidungen sein können, ganz bewusst „verfassungskräftig verneint“ habe. Die Empörung über diese Tricks hat mich damals veranlasst, die Frage zum Gegenstand meiner Habilitation zu machen.

[18] Vgl. BVerfGE 3, 225 (240), wo von einem Verbot von Differenzierungen „nach“ den aufgelisteten Merkmalen die Rede und zugleich festgestellt ist, dass „die in Art. 3 Abs. 2 und 3 genannten Ungleichheiten [k]einen beachtlichen Grund für Differenzierungen im Recht abgeben“. Die konsequente Anwendung des Unterscheidungsverbots wird allerdings dort dann mit Hilfe der Voraussetzung der Vergleichbarkeit verhindert, s. o. zu und in Fn. 12.

rend die in § 1 Abs. 1 S. 1 NAG vorgesehene Erlaubnispflichtigkeit des Aufenthalts im Geltungsbereich des Gesetzes auf Deutsche beschränkt war, „die Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt in der sowjetischen Besatzungszone [...] haben oder gehabt haben“, sah das BVerfG nicht in der (insoweit unterstellten) „Heimat“ der Betroffenen in der sowjetischen Besatzungszone die „Ursache“ ihrer „Sonderbehandlung“, sondern darin, dass „eine Bedrohung der sozialen und wirtschaftlichen Lage innerhalb der Bundesrepublik Deutschland gerade durch die starke Zuwanderung aus der sowjetischen Besatzungszone zu befürchten war und heute noch zu befürchten ist.“[19] Umgekehrt hat das BVerfG, ohne in einer präzisen Prüfung des Art. 3 Abs. 3 GG auf das „wegen“ ausdrücklich einzugehen, den Stichentscheid des Vaters, der gesetzlich in § 1628 Abs. 1 BGB für den Fall vorgesehen war, dass sich die Eltern über die Ausübung der elterlichen Gewalt nicht einigen konnten, allein aufgrund der – umständlich auch als „Benachteiligung“ qualifizierten – verschiedenen Behandlung von Vater und Mutter als verfassungswidrig verworfen. Den Argumenten des BMJ, der auf die Gründe des Gesetzgebers verwies, der sich – zur Vermeidung der Einschaltung des Vormundschaftsgerichts zur Übertragung der Entscheidung auf einen Elternteil gezwungen – „für den Vater entschieden [habe], weil das dem Herkommen und der tatsächlichen Übung in den meisten Familien entspreche“, wurde demgegenüber mit Recht keine Bedeutung beigemessen.[20]

Beim Modell der Finalität wurde danach gefragt, ob die verbotene Unterscheidung geradezu den Zweck des Staatshandelns ausmacht. Bei diesem Verständnis des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG als Verbot subjektiver Diskriminierung lassen sich durch eine Regelung tatbestandlich anknüpfend an eines der verpönten Merkmale vorgesehene Rechtsfolgen als nicht beabsichtigt aus der Reichweite des „wegen“ ausgrenzen. Hier sei als Beispiel aus der Judikatur der Beschluss zum Kuponsteuergesetz genannt.[21] Nach diesem Gesetz wurden für die „im Ausland ansässigen Gläubiger“ Zinserträge anders besteuert als die von im Inland ansässigen. Das BVerfG sah die „Auslandsgläubiger nicht *wegen* ihrer Heimat anders behandelt.“ Es stellte dabei nicht in Frage, dass mit der Ansässigkeit die „Heimat“ im Sinne des Art. 3 Abs. 3 GG angesprochen war, verwies vielmehr auf die für die Differenzierung als maßgeblich angesehenen volkswirtschaftlichen Unterschiede der Vergleichskonstellationen und schloss – dem Urteilsstil zuwider – mit der resümierenden Feststellung: „Die Heimat bildet somit nicht als solche das die Regelung motivierende Element [...].“

Noch 1987 hat das BVerfG mit Kausalitäts- und Finalitätserfordernissen zugleich operiert, um die Besserstellung von Trägern von Bekenntnisschulen bei der staatlichen Förderung von Privatschulen dem Unterscheidungsverbot zu

[19] BVerfGE 2, 266 (286).
[20] BVerfGE 10, 59 (64, 76 ff.).
[21] BVerfGE 19, 119 (126) (Hervorhebung des „wegen“ auch im Original).

entziehen, obwohl es explizit eine Anknüpfung „an das ‚Haben' eines Glaubens oder religiöser Anschauungen" annahm. Es verlangt zu Art. 3 Abs. 3 GG erst, dass „eine Sonderbehandlung ihre Ursache in den durch dieses besondere Grundrecht bezeichneten Gründen hat", und formuliert abschließend, Art. 3 Abs. 3 GG verbiete, „wie sich schon aus seinem Wortlaut ergibt [„wegen"], nur die bezweckte Benachteiligung oder Bevorzugung, nicht aber einen Nachteil oder einen Vorteil, der die Folge einer ganz anders intendierten Regelung ist." Das BVerfG nahm dann aufgrund entstehungsgeschichtlicher Motivforschung an, dem Gesetzgeber sei es nicht um eine Bevorzugung der Bekenntnisschulen „gerade wegen ihrer inhaltlichen Ausrichtung" gegangen, im Vordergrund gestanden hätten „vielmehr die fiskalischen Erwägungen und der Gedanke, das Vertrauen der konfessionellen […] Träger in die bisherige Förderungspraxis nicht zu enttäuschen".[22]

Beiden Modellen verwandt war die verbreitete Argumentation, das tatbestandlich verwendete Merkmal aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG sei für die dadurch bedingten Rechtsfolgen nicht „eigentlich" maßgeblich, nicht „gerade" seinetwegen verwendet,[23] vielmehr sei ein (mehr oder weniger beliebig) heranzuziehendes anderes Kriterium entscheidend.[24] Zum Fremdrentengesetz wurde sogar postuliert, verboten seien nur „rechtliche Regelungen, die *allein* an den Unterschied [in diesem Fall:] der Geschlechter" anknüpfen. Die explizite Unterscheidung anhand des verpönten Merkmals in dem Gesetz war dann leicht zu rechtfertigen: „Die Regelung knüpft jedoch nicht *allein* und unmittelbar an den Unterschied der Geschlechter an." Der entscheidende Anknüpfungspunkt habe vielmehr „in den Rechtsverhältnissen derjenigen Versicherten, die ständig im Bundesgebiet […] gelebt haben [gelegen]; diesen sollten die Rechtsverhältnisse der Vertriebenen und Flüchtlinge gleichgestellt werden" – und zwar einschließlich der im Bundesgebiet bestehenden Unterschiede zwischen Männern und Frauen.[25] Die ergänzenden Bemühungen um eine eigentlich gar nicht mehr erforderliche verfassungsrechtliche Rechtfertigung zeigen, dass das BVerfG selbst seinen Ansatz nicht wirklich ernst nahm.[26]

Der eher absurde Höhepunkt dieser Argumentationslinien war wohl der bereits erwähnte Beschluss zur unterschiedlich hohen Förderung von privaten Bekenntnisschulen. Knapp fünf Jahre später gab das Bundesverfassungsgericht in seinem Nachtarbeitsurteil mit einer euphemistisch so bezeichneten „Klarstellung" gegenüber diesem Beschluss diese bis dahin gern genutzte Argumen-

---

[22] BVerfGE 75, 40 (70 f.).

[23] Das „gerade" findet sich deren Verständnis beeinflussend neben der Kausalität, so schon in BVerfGE 2, 266 Leitsatz 6, nicht aber in den Entscheidungsgründen, S. 286, und neben der Finalität, wie im zuletzt genannten Beschluss zur Förderung privater Bekenntnisschulen.

[24] Näher *Sachs* (Fn. 4), S. 399 ff.

[25] BVerfGE 43, 213 (225 f.) (Hervorhebungen nicht im Original).

[26] BVerfGE 43, 213 (226 ff.); dazu *Sachs* (Fn. 4), S. 400 ff.

tation wohl ein für alle Mal auf. Seither nimmt das Bundesverfassungsgericht zum „wegen“ umgekehrt an:

„Das Geschlecht darf grundsätzlich – ebenso wie die anderen in Absatz 3 genannten Merkmale – nicht als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen werden. Das gilt auch dann, wenn eine Regelung nicht auf eine nach Art. 3 Abs. 3 GG verbotene Ungleichbehandlung angelegt ist, sondern in erster Linie andere Ziele verfolgt (Klarstellung von BVerfGE 75, 40 [70]).“[27]

Bei diesem Verständnis des Art. 3 Abs. 3 GG als Anknüpfungsverbot bezeichnet das „wegen“ die Abhängigkeit einer Rechtsfolge von der Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale einer Regelung. Dabei hat das Nachtarbeitsurteil diesen Konnex angesichts des an die Arbeitgeber gerichteten Verbots, Frauen zur Nachtarbeit zu beschäftigen, angemessen weit verstanden: Der rechtliche Zwang für die Arbeitgeber, Frauen nicht zur Nachtarbeit zu beschäftigen, wurde als Benachteiligung der Frauen wegen ihres Geschlechts qualifiziert, obwohl sie nicht zu den Normadressaten zählten. Im Einklang mit der allgemeinen Eingriffsdogmatik für die Grundrechte wäre eigentlich hier von einer vom Staat zu verantwortenden „mittelbaren“, nämlich „vermittelt“ durch das veranlasste Verhalten der Arbeitgeber bewirkten Benachteiligung zu sprechen.[28]

Das „wegen“ kann damit seit dem Nachtarbeitsurteil nicht mehr herangezogen werden, um Regelungen dem Unterscheidungsverbot des Art. 3 Abs. 3 zu entziehen, die an ein verbotenes Merkmal anknüpfen.

Dies kann nach dem Nachtarbeitsurteil nur auf andere Weise geschehen: Beim Geschlecht werden Differenzierungen für zulässig erklärt, die „zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind.“[29] Dahinter verbirgt sich das alte Merkmal der Vergleichbarkeit, allerdings in einer um die – der Sache nach bereits 1979 im Beschluss zum Hausarbeitstag aufgegebenen[30] – funktionalen Unterschiede verkürzten Variante, die nur die Anknüpfung an geschlechtsspezifische biologische Unterschiede zulässt, die alle Männer und alle Frauen betreffen. So verstanden führt die Notwendigkeit der Vergleichbarkeit (des für Männer und Frauen unterschiedlich geregelten Lebenssachverhalts)

---

[27] BVerfGE 85, 191 (206); für ein Verständnis des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG als Anknüpfungsverbot, bei ganz anders orientierter Ausdeutung des Art. 3 Abs. 2 GG auch *Ute Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1996, S. 321: „Die Formulierung in Absatz 3 ‚darf wegen …‘ ist die geradezu klassische Formulierung eines individualrechtlichen Differenzierungsverbots. Dem Staat wird es untersagt, bestimmte die Persönlichkeit prägende Merkmale bei der Anordnung von Rechten und Pflichten zu berücksichtigen. Allein um das Verbot der Anknüpfung an diese Merkmale kann es dann aber auch nur gehen.“

[28] Vgl. *Sachs*, in: Stern (Fn. 5), S. 1512, in Anknüpfung an ebenda, Bd. III/2, 1994, S. 192 ff.

[29] BVerfGE 85, 191 (207).

[30] BVerfGE 52, 369 (374: verbale Fortführung, 375 ff.: praktische Aufgabe schon mit der Aussage: „Eine Doppelbelastung […] kann auch bei Männern in Betracht kommen.“ S. bereits o. Fn. 13).

nicht zur Entwertung des Unterscheidungsverbots, solange es nicht zu Entgleisungen bei der Anwendung des Kriteriums wie beim Homosexuellenurteil kommt.

Im Übrigen drohen dem Unterscheidungsverbot nunmehr Gefahren von der universell einsetzbaren Figur des kollidierenden Verfassungsrechts,[31] die gerade gegenüber Gleichheitsrechten nur in engen Grenzen in Betracht kommt,[32] da anders als bei Freiheitsrechten niemandem ein Nachteil durch ihren „Gebrauch" entstehen kann.[33] Tatsächlich wird die zweite Ergänzung des Art. 3 von 1994, die die Förderung der tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung und das Hinwirken auf die Beseitigung bestehender Nachteile vorsieht, bereits dazu herangezogen, an das Geschlecht anknüpfende Bevorzugungen von Frauen als verfassungsrechtlich gerechtfertigt durchzuwinken, obwohl ihnen keinerlei geschlechtsspezifische biologische Unterschiede zugrunde liegen.[34]

2. Das Merkmal „Rasse"

a) Über die genaue Bedeutung der Merkmale des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG besteht durchweg nicht die für eine Anwendung der Norm wünschenswerte Klarheit.

---

[31] Dafür schon BVerfGE 85, 191 (209 f.); 92, 91 (109); wN unten Fn. 34.

[32] Grundsätzlich für eine derartige Rechtfertigung, und zwar recht pauschal durch „ein kollidierendes Gut mit Verfassungsrang", das dann in nicht recht verständlicher Weise in staatlichen Schutzpflichten ausgemacht wird, im Ergebnis aber zurückhaltend OVG Münster, NVwZ 2018, S. 1497, Rn. 41 ff., in einem Fall von „racial profiling".

[33] Damit entfallen einige früher zur Frage der Begrenzung von vorbehaltlos garantierten Grundrechten diskutierte Ansätze mit besonderem Bezug auf das Gefährdungspotential von Freiheitsrechten für andere Grundrechtsträger, die auch im Rahmen des Modells des kollidierenden Verfassungsrechts bedeutsam bleiben, um die Annahme begrenzender Wirkungen mangels expliziter dahingehender Regelung zu begründen; zur Problematik schon *Sachs* (Fn. 4), S. 83 ff.; auch *ders.*, in: Stern (Fn. 5), Bd. III/2, 1994, S. 528 ff., 550 ff.; zur Anwendung kollidierenden Verfassungsrechts auf das Unterscheidungsverbot wegen des Geschlechts *ders.*, in: Stern (Fn. 5), S. 1669 ff.

[34] So hat zumal das BVerwG die anerkanntermaßen an das Geschlecht anknüpfende günstigere Meisterinnenprämie für Frauen auf diese Weise legitimiert; s. dabei sogar für Entbehrlichkeit einer gesetzlichen Grundlage BVerwG, NVwZ 2003, S. 92 (94); krit. *Sachs*, in: Stern (Fn. 5), S. 1563 f., 1685 f.

Das BVerfG hat schon im Nachtarbeitsurteil (BVerfGE 85, 191 [209 f.] – vor Einfügung des damit nur klarstellend (BVerfGE 92, 91 [109]; 104, 373 [393]) bedeutsamen zweiten Satzes – eine Rechtfertigung durch Art. 3 Abs. 2 GG erwogen, BVerfGE 92, 91 (109) „vor allem" das „Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG" als kollidierendes Verfassungsrecht in Betracht gezogen; BVerfGE 114, 357 (368 ff.) nennt primär Art. 6 GG, daneben aber auch wieder Art. 3 Abs. 2 GG. Die jeweils wegen des Geschlechts unterscheidenden Regelungen wurden im Ergebnis alle nicht gerechtfertigt. BVerfGE 138, 296, Rn. 145 nimmt die Rechtfertigung einer „faktischen" Benachteiligung wegen des Geschlechts (durch ein „Kopftuchverbot") durch kollidierendes Verfassungsrecht wie gegenüber Art. 4 GG an, während das Sondervotum schon keine „Ungleichbehandlung aus Gründen des Geschlechts" sieht, BVerfGE 138, 296, (359), Rn. 27 ff. Ablehnend gegenüber dieser Judikatur etwa *Sachs*, in: Stern (Fn. 5), S. 1677 ff.

Dies ist in neuerer Zeit selbst für das Kriterium des nicht mehr nur traditionell körperlich verstandenen „Geschlechts“ deutlich geworden;[35] „Abstammung“ soll über biologische Beziehungen zwischen Personen hinaus auch nur familienrechtlich vermittelte erfassen; bei der „Sprache“ dürfte es immerhin nur um die Muttersprache, nicht um Sprachkenntnisse oder Sprachpräferenzen gehen; das Verständnis von „Heimat“ hat drei dissentierenden Mitgliedern des Gerichts Anlass zur Polemik dagegen gegeben, „Heimat in volkstümelnder Weise zu definieren“; die in der Nachfolge des Anliegens, Standesunterschiede auszuschließen, genannte „Herkunft“ ist mangels rechtlich formalisierter Klassen oder Schichten als Tatbestandsmerkmal differenzierender Regelungen kaum zu handhaben; die Anschauungsmerkmale müssen, um sinnvoll anwendbar zu sein, über den eigentlichen Bereich innerer Überzeugungen hinaus auf äußerliche Dokumentationen von (auch: tatsächlich gar nicht vorhandenen) Überzeugungen der fraglichen Art bezogen werden.[36]

b) Es ist daher keine Besonderheit, dass die Feststellung der genauen Bedeutung von „Rasse“ Probleme bereitet.[37] Das Spezielle bei der „Rasse“ ist, dass die Existenz der Kategorie überhaupt, zum Teil emphatisch[38] oder mit größter Selbstverständlichkeit,[39] geleugnet wird. Die verbreitete Berufung auf einen angeblichen Konsens in den Naturwissenschaften ist dabei problematisch,[40] hängt jedenfalls von einer Spezifikation des Rassebegriffs ab. Ob es „Rassen“ tatsächlich gibt, ist allerdings für Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG gar nicht von Bedeutung. Denn im Sinne der Vorschrift muss es die mit dem Begriff meist in Verbindung gebrachte „Zugehörigkeit zu einer Gruppe von Menschen mit gemeinsamen vererblichen, gegenüber anderen Menschengruppen besonderen Merkmalen“ nicht wirklich geben, vielmehr genügt es, wenn „Gruppen von Menschen die Zugehörigkeit zu einer Rasse“ (in diesem Sinne) zugeschrieben wird.[41] Das

---

[35] Vgl. nur *Angelika Nußberger*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 9. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 288 m. N.

[36] Zum Ganzen nur *Sachs*, in: Stern (Fn. 5), S. 1629 und S. 1728 ff. jeweils m. w. N.

[37] Zu den Unsicherheiten etwa *Stefan Burmeister*, Does the concept of genetic ancestry reinforce racism?, TATuP 30 (2021), Nr. 2, S. 41. S. im Übrigen die o. Fn. 2 genannten Stimmen.

[38] Etwa: „Eine solche Einteilung von Menschen in Gruppen mit vermeintlich vererblichen Fähigkeiten und Eigenschaften ist indes wissenschaftlich unhaltbar, irrational und widerspricht dem Menschenbild des Grundgesetzes“, so der Gesetzesantrag der Länder Hamburg, Thüringen, BR-Drs. 641/20, Anfangsabschnitt, S. 1.

[39] So der Entwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 19/24434, insbes. S. 1 und 4.

[40] Dazu *Uwe Kischel*, Rasse, Rassismus und Grundgesetz, AöR 145 (2020), S. 227 (243 ff.) m. w. N.; deutlich abweichend etwa die Stellungnahme von *Prof. Dr. Ulrich Kutschera*, früher Lehrstuhl für Pflanzenphysiologie und Evolutionsbiologie, bei der öffentlichen Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, https://www.bundestag.de/resource/blob/848096/615dea01187f6a562447a71ff9987e24/stellungnahme-kutschera-data.pdf, letzter Zugriff: 24.5.2022.

[41] So *meine* Formulierung, in: Stern (Fn. 5), S. 1730 m. w. N.; ebenso „nach fast einhelliger Ansicht“ *Kischel* (Fn. 40), S. 230 m. w. N.

Verbot behält seinen Sinn auch und gerade dann, wenn es gegenüber Unterscheidungen wirksam wird, die an eine nur „zugeschriebene" Rasse anknüpfen.

Dem entspricht es, dass an der Formulierung „aus rassischen Gründen" in Art. 116 Abs. 1 S. 2 GG in Bezug auf die Ausbürgerungen der NS-Zeit festgehalten werden soll,[42] obwohl es auch in dieser Zeit, zumal im Falle der Juden, durch vererbliche Merkmale abgegrenzte Menschengruppen nicht wirklich gegeben hat, so dass selbst die NS-Definition des Juden letztlich auf die Religionszugehörigkeit des Menschen bzw. seiner Vorfahren zurückgreifen musste.[43]

Wenn für Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG demgegenüber reklamiert wird, durch den Fortbestand des Merkmals „Rasse" im Katalog der verbotenen Unterscheidungsmerkmale werde die Vorstellung geschürt, es gebe tatsächlich „Rassen", und damit werde dem Rassismus Vorschub geleistet,[44] werden reichlich naive Leser des Grundgesetzes vorausgesetzt,[45] die aus einem daraus unreflektiert herausgegriffenen isolierten Wort, ohne Rücksicht auf den durch die anderen Grundrechtsgarantien gebildeten Kontext, ungerechtfertigte Schlüsse ziehen, die sie allerdings zu Art. 116 Abs. 2 GG zugleich historisch reflektiert vermeiden können sollen. Dabei wird völlig vernachlässigt, dass es sich auch bei Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG um einen juristisch anzuwendenden Text handelt, an dessen im Wege der Auslegungsarbeit ermittelten Bedeutungsgehalt anzuknüpfen wäre. Außerdem wird die Bedeutung von Verfassungsformulierungen für die Meinungsbildung gerade des juristisch uninformierten Publikums wohl maßlos überschätzt. Schließlich überzeugen die Vorbehalte gegen die (weitere) Verwendung des Wortes „Rasse" im Verfassungstext auch in sich nicht: Die Hinweise auf die schlimmen diskriminierenden Rechtsverletzungen, die im Namen der „Rasse" in Deutschland zumal vor 1949 vorgenommen wurden, sollten nicht Anlass sein, dieses Wort zu meiden, sondern im Gegenteil dazu verpflichten, es im Rahmen des Unterscheidungsverbots fortbestehen zu lassen, das doch genau gegen derartige Missbräuche gerichtet ist.[46]

---

[42] Dafür ausdrücklich Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_Ersetzung_Begriff_Rasse.pdf?__blob=publicationFile&v=3, S. 7, letzter Zugriff: 24.5.2022.

[43] Dazu *Sachs*, in: Stern (Fn. 5), S. 1730 m. N. in Fn. 158.

[44] In diese Richtung der Diskussionsentwurf (Fn. 42), S. 1, 4, 6; die Entwürfe der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (Fn. 39), S. 1, und der Fraktion DIE LINKE (BT-Drs. 19/20628), S. 2, 3; auch der Länderantrag (Fn. 38), Anfangsabschnitt, S. 1, zugesandter Entwurf, S. 2.

[45] In diesem Sinne kritisch auch *Martin Rath*, Art. 3 GG Bringt es wirklich etwas, die „Rasse" zu streichen?, v. 31.01.2021, https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/rasse-grundgesetz-eugenik-diskriminierung-art3-rassistisch-rassenhygiene-nationalsozialismus-arier/, letzter Zugriff: 24.5.2022, der nicht zufällig in diesem Kontext auch von einer „sprachmagischen Vorstellung, dass gewisse Wörter an sich böse seien" (Hervorhebung des ersten Wortes weggelassen), spricht.

[46] Vgl. zum historischen Hintergrund nur *Michael Sachs*, Die Merkmale verfassungsge-

3. Unterscheidungen „wegen seiner Rasse“

Unterscheidungen „wegen seiner Rasse“ treffen also alle normativen Regelungen, die an die Zugehörigkeit zu einer durch auch nur vermeintlich vererbbare Merkmale gekennzeichneten Gruppe von Menschen anknüpfen. Dabei werden auch gegen das Possessivpronomen „seiner“ Bedenken erhoben, weil es Tendenzen verstärken könnte, dass die mit dem Begriff „Rasse“ „assoziierten, obgleich vom Grundgesetz abgelehnten, Ideologien präsent bleiben.“[47] Gegenüber dieser kaum nachvollziehbaren Erwägung macht das Possessivpronomen nur deutlich, dass allein Eigenschaften der betroffenen Person selbst, ob vorhanden oder ihr nur zugeschrieben, von der Vorschrift erfasst werden, nicht etwa die anderer Personen.[48]

Einzelentscheidungen von Stellen der öffentlichen Gewalt, die unabhängig von normativen Festlegungen ergehen, knüpfen dann an die so verstandene

---

setzlicher Unterscheidungsverbote in Deutschland vom Ende des alten Reiches bis zum Grundgesetz, Der Staat 4/23 (1984), S. 549 (575).

[47] So der Diskussionsentwurf (Fn. 42), S. 6 (wo von einem „Personalpronomen[s]“ gesprochen wird) unter Berufung auf *Isabel M. Kutting/Naziar Amin*, Mit „Rasse“ gegen Rassismus? – Zur Notwendigkeit einer Verfassungsänderung, DÖV 2020, S. 612 (615); allgemein auf das Pronomen verzichtet hat auch bereits Art. 12 Abs. 2 Verfassung BB seit der Änderung durch Art. 1 Nr. 3 des Gesetzes zur Änderung der Verfassung des Landes Brandenburg v. 5.12.2013, GVBl. I Nr. 42.

[48] Vgl. dazu *Sachs*, in: Stern (Fn. 5), S. 1727 f., auch zu gelegentlichen Ausweitungen in der Judikatur des BVerfG zum Merkmal „Geschlecht“ bei Eltern. Die Benachteiligung eines Menschen „wegen der Rasse“ einer anderen Person (etwa: eine Bestrafung wegen der Rasse eines Sexualpartners, vgl. die sog. Rassenschande nach dem NS-Gesetz zum Schutz des deutschen Blutes und der deutschen Ehre v. 15.9.1935, RGBl. I S. 1146; dazu *Sachs* [Fn. 4], S. 260, 348) wäre somit als solche aufgrund des Possessivpronomens „seiner“ vom Unterscheidungsverbot nicht erfasst. Allerdings richten sich derartige Verbote zugleich nur gegen Personen, denen eine bestimmte Rasse zugeschrieben wird, und unterliegen insoweit dem Unterscheidungsverbot. Dass die „merkmalsreziproke“ Ausgestaltung solcher Verbote, die sich für Menschen aller einbezogenen Rassen gegen (hier: Sexual-) Kontakte mit Personen anderer einbezogener Rassen richten, die Benachteiligung wegen des Merkmals nicht ausschließt, liegt auf der Hand, dazu auch für andere Merkmale *Sachs* (Fn. 4), S. 260 ff. Zu Konsequenzen für das Merkmal Geschlecht auch *ders.*, Rechtsförmliche Lebenspartnerschaften für Menschen gleichen Geschlechts – Verfassungsgebot oder Verfassungsverstoß?, JR 2001, S. 45 (46, 49); nicht überzeugend gegen eine Anknüpfung an das Geschlecht durch die Beschränkung von eingetragenen Lebenspartnerschaften auf Personen verschiedenen Geschlechts BVerfGE 105, 313 (351 f.), wo dies aber immerhin als Möglichkeit angesprochen, dann aber unter Verweis auf eine anderweitige Anknüpfung geleugnet wird. Dazu heißt es dort: „Das Gesetz verbindet Rechte und Pflichten nicht mit dem Geschlecht einer Person, sondern knüpft an die Geschlechtskombination einer Personenverbindung an, […]“ – es passt dazu, wenn dann angenommen wird, dass „gleichgeschlechtliche Paare wegen ihres Geschlechts nicht diskriminiert(!)“, „heterosexuelle Paare nicht wegen ihres Geschlechts benachteiligt“ würden, obwohl Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG sich doch allein mit dem Geschlecht einzelner Menschen befasst und Paare diese menschliche Eigenschaft, die man darüber hinaus noch bei manchen anderen Lebewesen annehmen können mag, nicht wirklich besitzen können; demgegenüber *Sachs*, in: Stern (Fn. 5), S. 1635 m. w. N.

„Rasse“ an, wenn sie auf einer dahingehenden (etwa in Verwaltungsvorschriften formalisierten oder stillschweigend verwendeten, aus behördlichen Begründungen oder auch nur aus der kontinuierlichen Praxis erkennbaren) Entscheidungsmaxime beruhen. Letzteres hat der US Supreme Court schon 1886 angenommen, nachdem die Behörden bei der Vergabe von Wäschereilizenzen Chinesen nicht berücksichtigt hatte, obwohl die weitaus meisten der in Wäschereien tätigen Arbeiter Chinesen waren.[49] Damit sind auch verdeckte „Diskriminierungen“ erfasst.[50] Diese können auch – nach dem Muster des allerdings explizit an das Geschlecht anknüpfenden und rechtlich zwingenden Nachtarbeitsverbots – Unterscheidungen umfassen, die durch das Verhalten von Privatpersonen eintreten, das durch staatliche Stellen (zumal) gezielt dahin gelenkt wird, was auch ohne ausdrückliche oder zwingende normative Regelung geschehen kann.

Dagegen liegt die in Änderungsvorschlägen angesprochene Kategorie der „mittelbaren“ Diskriminierung[51] außerhalb des Unterscheidungsverbots, weil sie gerade dadurch gekennzeichnet ist, eben nicht an das verpönte Merkmal anzuknüpfen;[52] sie ist daher sachgerecht im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG mit seinen flexiblen Maßstäben, die es erlauben, trotz fehlender Anknüpfung faktisch typischerweise Menschen einer „Rasse“ betreffende Regelungen strikter zu beurteilen, zu behandeln.[53]

In Bezug auf eine ebenfalls in demselben Änderungsvorschlag angesprochene sog. Drittwirkung gegenüber Privaten,[54] die von Verfassungs wegen mangels bereits bestehender Gesetze, auf die die Grundrechte ausstrahlend wirken

---

[49] *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356, 373 f. (1886); dazu *Sachs* (Fn. 4), S. 453.

[50] *Sachs*, in: Stern (Fn. 5), S. 1642, 1758; auch *ders.* (Fn. 4), S. 72 f., 451 ff. jeweils m. w. N.

[51] Diskussionsentwurf (Fn. 42); auch Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE (Fn. 44), S. 8.

[52] *Sachs*, in: Stern (Fn. 5), S. 1758 f. und S. 1643 ff. zum Geschlecht; auch *Kischel* (Fn. 40), S. 232.

[53] Für eine Prüfung unter Art. 3 Abs. 2 GG aber etwa, nachdem BVerfGE 97, 35 (43 f.) dies noch offengelassen hatte, BVerfGE 104, 373 (393); auch BVerfGE 113, 1 (15 ff., 20 f.), das – wie später BVerfGE 126, 29 (53 f.) – eine Rechtfertigung schon bei „hinreichenden sachlichen Gründen“ zulässt; BVerfGE 121, 241 (257 ff.) nimmt bei einer mittelbaren zugleich eine „geschlechtsspezifische Diskriminierung“ an, die es durch recht pauschal angenommene „[s]onstige Güter von Verfassungsrang“ in concreto nicht gerechtfertigt sieht. Eher kryptisch lässt BVerfGE 132, 72, Rn. 57 offen, ob auf mittelbare Diskriminierungen wegen des Geschlechts Art. 3 Abs. 3 S. 1 oder Art. 3 Abs. 2 GG anzuwenden sei. BVerfGE 156, 224, Rn. 87 vermisst schon die Benennung einer „geschlechtsneutral formulierte[n] Regelung, die überwiegend Frauen nachteilig betrifft“. S. für die Behandlung der mittelbaren Diskriminierung nach Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG nur *Nußberger* (Rn. 35), Art. 3 Rn. 255 m. w. N.

[54] Diskussionsentwurf (Fn. 42), S. 7 (dort offenbar gemeint mit „Privatrechtsgeltung des Art. 3 GG“); zu Art. 3 Abs. 1 GG eher zurückhaltend BVerfGE 148, 267, Rn. 40, wo nur von „den Grundsätzen der mittelbaren Drittwirkung“ insbesondere über das Zivilrecht die Rede ist, während die an dieses „von Verfassungs wegen“ zu stellenden „spezifischen Anforderungen“ nicht weiter erläutert werden. Ob weitergehende Anforderungen bei Art. 3 Abs. 2 und 3 GG anzunehmen sind, blieb unerörtert.

könnten, über eine grundrechtliche Schutzpflicht der Gesetzgebung zu konstruieren ist, als deren partielle Umsetzung man das AGG verstehen kann,[55] wird die Beschränkung darauf, vor an die Rasse „anknüpfendes“ Verhalten Privater zu schützen, dem Schutzziel nicht immer entsprechen. Nicht nur können Private keine Rechtsnormen mit Wirkung für andere aufstellen, die Unterscheidungen nach der „Rasse“ vorgeben könnten, vielmehr wird es angesichts der grundsätzlichen Beliebigkeit privaten Verhaltens[56] vielfach nicht möglich sein, dieses steuernde konsistente Entscheidungsmaximen auszumachen, auf die sich das Unterscheidungsverbot beziehen ließe. Doch ist der Gesetzgeber bei Beachtung der sonstigen verfassungsrechtlichen Bindungen zumindest frei,[57] auch durch Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG nicht gebotene Bestimmungen zum Schutz gegen rassistisch motiviertes Verhalten von Privatpersonen zu erlassen. Einer Verfassungsänderung bedarf es dafür nicht; anders als die Gesetzgebung werden Privatpersonen (wie übrigens nach Art. 20 Abs. 3 GG auch die anderen Gewalten[58]) durch schnöde Rechtsnormen jeder Art gebunden, solange sie nur gültig sind.

III. Zur Bedeutung eines etwaigen Verbots „rassistischer“ Unterscheidungen

Wie ein etwa in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG bei Streichung des Merkmals „Rasse“ aufgenommenes Verbot, dass jemand „rassistisch“[59] oder „aus rassistischen Gründen“[60] benachteiligt oder bevorzugt wird, im Einzelnen interpretiert wer-

---

[55] *Sachs*, in: Stern (Fn. 5), S. 1766 m. w. N., auch zur Konstruktion über die Schutzpflicht; zum Zusammenhang von Ausstrahlungswirkung und Schutzpflichten auch *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 9. Aufl. 2021, vor Art. 1 Rn. 32.

[56] Dies betonend zu Art. 3 Abs. 1 GG grundsätzlich auch BVerfGE 148, 267, Rn. 40 (für den Abschluss von Verträgen und den Eigentumsgebrauch).

[57] Unabhängig von der Annahme einer Schutz*pflicht*, deren Stringenz ohnehin sehr begrenzt ist, vgl. nur *Sachs*, in: ders. (Fn. 55), vor Art. 1 Rn. 35 f. m. w. N.

[58] Zur für diese Bestimmung einheitlichen Bedeutung von „Gesetz“ *Sachs*, in: ders. (Fn. 55), Art. 20 Rn. 118.

[59] So die Gesetzentwürfe der Fraktion DIE LINKE (Fn. 44) und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (Fn. 39) sowie der Länderantrag (Fn. 38). Zu diesen die öffentliche Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw25-pa-recht-rasse-847538, letzter Zugriff: 24.5.2022, insbes. die dort dokumentierten Stellungnahmen.

[60] So der Diskussionsentwurf (Fn. 42); dafür auch *Hannes Lydiga*, Rasse als Rechtsbegriff?, NJW 2021, S. 911; ebenso bereits Art. 12 Abs. 2 Verfassung BB seit der Änderung (Fn. 47); Art. 7 Abs. 3 Verfassung LSA seit der Änderung durch das Gesetz zur Parlamentsreform 2020 v. 20.3.2020, GVBl LSA S. 64, Art. 1 Nr. 3. Die übrigen Länder haben den in ihren Verfassungen verwendeten Begriff der „Rasse“ bislang nicht zum Anlass für Änderungen genommen. Art. 2 Abs. 3 Verf TH hat den Begriff „Rasse“ von Anfang an nicht verwendet, spricht aber von „seiner ethnischen Zugehörigkeit“.

den würde, bleibt abzuwarten, hängt ja unter anderem von entstehungsgeschichtlichen Hinweisen ab. Sollte etwa Aussagen, die die unterschiedslose Bedeutung der neuen mit der bisherigen Fassung des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG betonen,[61] maßgebliches Gewicht für die Interpretation beigemessen werden,[62] bliebe der Sache nach alles beim Alten.[63] Entsprechendes könnte zwar auch gelten, wenn dem Gesetz unabhängig von spezifischen Aussagen im Gesetzgebungsverfahren die Zielsetzung zu unterstellen wäre, an der sachlichen Bedeutung des Unterscheidungsverbots nichts zu ändern; doch spricht wohl allgemein eine grundsätzliche Vermutung dagegen, dass eine Verfassungsänderung ohne sachliche Bedeutung erfolgen sollte.[64]

Würde dagegen eine eigenständige Interpretation der Neuformulierung zugelassen, könnte dies zu erheblichen Veränderungen der Bedeutung von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG in diesem Bereich führen, weil die durch das „wegen" vermittelte Bedeutung als Anknüpfungsverbot, die sich so mühsam hat durchsetzen müssen, entfallen könnte.

---

[61] Etwa zur Sache die Aussage im Diskussionsentwurf (Fn. 42), S. 7: „das Wort ‚rassistisch' [solle] Diskriminierungen kennzeichnen, die – wie die abgelöste Formulierung ‚wegen seiner Rasse'– an gruppenspezifisch tatsächliche oder auch nur behauptete biologisch vererbbare Merkmale anknüpfen […] ." ferner ebenda, S. 1: ohne Schutzgehalt zu verändern, S. 4: ohne Schutzniveau zu verändern; S. 5: Entwurf ändert bestehenden Schutzumfang nicht, und: Schutzgehalt hinsichtlich Diskriminierungen soll nicht geändert werden; S. 6: das Schutzniveau ändert sich nicht; S. 7: neue Formulierung erhält das Schutzniveau, und: die Wirkungsweise wird nicht geändert; auch der Länderantrag (Fn. 38), Anfangsabschnitt S. 1: ohne das Schutzniveau zu senken; zugesandter Entwurf, S. 2, zu A: Schutzumfang ändert sich nicht; zu B. die Reichweite des gewährleisteten Schutzes ändert sich nicht; auch der Entwurf der Fraktion DIE LINKE (Fn. 44), S. 7 zu B., auch S. 8: der Schutzbereich der Norm soll nicht eingeschränkt werden; ferner S. 8: keine Wortlautverengung; ferner schließlich der Entwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (Fn. 39), S. 1: keine Schutzlücke; S. 2: nicht den Schutzbereich verengend. Wie erwähnt, hat auch eine Kammer des BVerfG einmal davon gesprochen, Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG wende sich gegen „rassistische Diskriminierungen" (Fn. 6).

[62] Zum uneinheitlich bewerteten, teils stark relativierten Gewicht entstehungsgeschichtlicher Aspekte für die Grundgesetzinterpretation etwa *Sachs*, in: ders. (Fn. 55), Einf Rn. 41 m. w. N. dort in Fn. 121.

[63] Dies dürfte erst recht für die von *Kutting/Amin* (Fn. 47), S. 616 f., bevorzugte Formulierung „aufgrund rassistischer Kriterien" gelten, wenn dies stärker auf objektive, mit der Vorstellung von einer „Rasse" verbundene Aspekte hinweist.

[64] Immerhin ist bei Art. 6 Abs. 5 GG darauf verzichtet worden, nach dem Vorbild des einfachen Gesetzgebers des Nichtehelichengesetzes das „unehelich" durch den offenbar als weniger bedenklich eingestuften Begriff „nichtehelich" zu ersetzen. Anders liegt der Fall, wenn die Änderung des Grundgesetzes eine sachliche Änderung anstrebt, der es aber wegen der Auslegung der bisherigen Fassung nicht bedarf, wie bei der Änderung der Art. 11 Abs. 2 und 12 Abs. 1 S. 2 GG durch die Einfügung der Worte „oder auf Grund eines Gesetzes" (17. Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes v. 24.6.1968, BGBl I S. 709) geschehen; BVerfGE 33, 125 (156) sah darin „keine sachliche Änderung", wenn auch immerhin eine „Klarstellung"; näher dazu *Sachs*, in: Stern (Fn. 5), Bd. III/2, 1994, S. 480 f. Auch die Änderung des Art. 12 Abs. 4 S. 2 GG (Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes [Art. 12a] v. 19.12.2000, BGBl I S. 1755) lässt sich als bloße Klarstellung der ohnehin richtigerweise anzunehmenden Bedeutung dieser Bestimmung verstehen, dazu *Sachs*, in: Stern (Fn. 5), S. 1674 f.

1. Unterscheidungen „aus rassistischen Gründen“

Würden Unterscheidungen „aus rassistischen Gründen“ verboten, wäre es trotz der entgegengesetzten Selbsteinschätzung des Entwurfs[65] naheliegend, auf die die Handelnden motivierenden Gründe oder auf ihre Zielsetzung abzustellen, also auf die für den geltenden Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG mühsam überwundenen „kausalen“ oder „finalen“ Zusammenhänge (oben II 1). Dies ließe sich – in Abwesenheit des bemühten Kontrastbegriffs der „Beweggründe“ – allenfalls durch wiederum entstehungsgeschichtliche Hintergründe vermeiden, so wenn in der Gesetzesbegründung klargestellt würde, „dass es zur Feststellung der verbotenen Ungleichbehandlung nicht auf einen Diskriminierungsvorsatz des Grundrechtsverpflichteten ankommt“, wie es bei der alternativ als denkbar genannten „Formulierung ‚aus rassistischen Beweggründen‘ für näherliegend gehalten wird, und an der „Struktur der übrigen speziellen Diskriminierungsverbote des Artikels 3 Absatz 3 GG“ festgehalten würde.

Wieso letzteres vereinheitlichend auf die neu eingeführte, abweichende Formulierung ausstrahlen soll, bleibt dunkel; es ist im Gegenteil naheliegend, dass der nachträglich eingeführte Unterschied der Formulierung *nicht* ohne jede Folge für das Verständnis der Bestimmung und ihrer jetzt verschieden gefassten Aspekte bleiben sollte. Dies wird dadurch bestätigt, dass der auf die Umstellung der Formulierung bezüglich des Rasse bezogene Hinweis, „die Wirkungsweise des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG [werde] nicht geändert“, „namentlich“ auf den „Schutz vor mittelbaren oder faktischen Benachteiligungen […] und die Frage der Privatrechtsgeltung von Artikel 3 GG“ bezogen; denn damit wird gerade der zentrale Bezugspunkt des Grundrechtsschutzes nicht angesprochen, die klassischen Eingriffe durch die öffentliche Gewalt, die allein in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG in seiner ursprünglichen und bisher unveränderten Fassung durch das Anknüpfungsverbot sachgerecht erfasst werden.

In jedem Fall bliebe die Unsicherheit, wie der Begriff „rassistisch“ zu verstehen wäre. Der Rückgriff auf den allgemeinen Sprachgebrauch, nach dem „rassistisch“ eine „vom Rassismus bestimmte, ihm entsprechende, zu Rassismus gehörende und für diesen charakteristische Handlung oder Anschauung“[66] sei, bleibt in der Sache hohl, wenn er „rassistisch“ durch „Rassismus“ erklärt wird, und verweist im Übrigen schon auf die bei dem Handelnden festzustellende subjektive Einstellung („Anschauung“) zu Fragen der Rasse.

---

[65] Vgl. den Diskussionsentwurf (Fn. 42), S. 7.
[66] Alles Zitierte so im Diskussionsentwurf (Fn. 42), S. 7.

2. *„Rassistische“ Unterscheidungen*

Die überwiegend vorgeschlagene Formulierung, niemand dürfe „rassistisch benachteiligt oder bevorzugt werden“, teilt diese inhaltliche Unsicherheit, legt aber – anders als die Bezugnahme auf rassistische Gründe – ein Verständnis nach Art der früher vertretenen kausalen oder finalen Verknüpfung der Unterscheidung mit der (imaginierten) Rasse nicht zwingend nahe, schließt dies allerdings auch nicht aus.[67] Die grammatisch wohl zutreffende Qualifikation des „rassistisch“ als einer „modalen, ein Verhalten kennzeichnenden Wendung“[68] würde auf die Art und Weise der (Vornahme der) ausgeschlossenen Unterscheidungen verweisen, ohne dass damit Klarheit gewonnen wäre.[69] Im Gegenteil: Wann der Modus staatlichen Verhaltens – unabhängig von seinen Gründen oder Motiven – „rassistisch“ zu nennen ist, wäre erst einmal zu erarbeiten. Auch hier bleibt die Möglichkeit, in der Gesetzesbegründung hinreichend klarzumachen, dass es „nicht auf die subjektive Absicht oder Motive“ ankommt, sondern dass alle „Benachteiligungen, die an Merkmale wie etwa die Hautfarbe oder die tatsächliche oder vermeintliche Herkunft von Menschen anknüpfen“, erfasst sein sollen, so dass im Ergebnis alles „wie bisher“ bliebe.[70]

Einengende Wirkung kann es allerdings bereits haben, wenn man annimmt, dass der Begriff „rassistisch“ „bereits ein Unwerturteil enthält“.[71] An eine auch nur imaginierte „Rasse“ anknüpfende Benachteiligungen oder Bevorzugungen würden damit möglicherweise nicht erfasst, wenn sie keinem anderweitig zu begründenden Unwerturteil entsprächen.

Umgekehrt wird der Begriff „rassistisch“, wie das Nomen „Rassismus“, heute verbreitet in einem von der Ausgangskonzeption von „Rasse“ abgelösten, erweiterten Sinn verstanden, der zahlreiche an irgendeine Gruppenzugehörigkeit

---

[67] Anders allerdings ohne weitere Erklärung die Begründung des Entwurfs der Fraktion der LINKEN (Fn. 44), S. 8: „Der Wortlaut macht zudem deutlich, dass die verbotene rassistische Diskriminierung keine subjektiven Elemente voraussetzt. Eine Diskriminierungsabsicht der Handelnden ist also nicht erforderlich.“

Der Entwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (Fn. 39), will einerseits das „Erfordernis eines subjektiven Elements“ vermeiden, weil es „den Schutzbereich verengend interpretierbar“ machen würde (S. 2), meint aber andererseits zur eigentlichen Bedeutung der Rasse in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG: „Gemeint ist das rassistische Motiv.“ (S. 4); dann wiederum (S. 1 und 6): „rassistisch“ sei wie die anderen (substantivischen) Diskriminierungsverbote in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG objektiv zu verstehen, setze kein subjektiv-intentionales Element voraus. Wegen der Schwierigkeiten des Nachweises subjektiver Elemente ablehnend andererseits *Kutting/Amin* (Fn. 47), S. 616.

[68] So deshalb ablehnend der Diskussionsentwurf des BMJV (Fn. 42), S. 7.

[69] Kritisch auch *Kutting/Amin* (Fn. 47), S. 612 ff.

[70] Zu allem so die Begründung des Länderantrags (Fn. 38), zugesandter Entwurf, S. 3; s. auch ebenda, Anfangsabschnitt, S. 2: „Hierdurch ändert sich der Schutzumfang des Artikels 3 Absatz 3 Satz 1 GG nicht.“

[71] So die Begründung des Entwurfs der Fraktion der LINKEN (Fn. 44), S. 7 unten.

anknüpfende Unterscheidungen erfassen könnte,[72] einschließlich anderer Fälle des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG.[73] Soll dies bei gänzlich unbedenklichen Regelungen, die etwa für Angehörige der Gruppe der Grundschulkinder, der Handwerker oder Rechtsanwälte getroffen werden könnten, nicht durchgreifen, bliebe der Rückgriff auf eine dem „rassistisch“ wie schon dem Begriff der „Diskriminierung“[74] zuzuordnende Unwertigkeit. Dies würde allerdings aus unbedenklichen Gründen an die „Rasse“ anknüpfende Regelungen[75] von vornherein aus dem Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ausnehmen, dessen Anwendungsbereich also verengen. Bezöge man „rassistisch“, sprachlich kaum nachvollziehbar, schlechthin auf Staatshandeln mit Auswirkungen auf Angehörige „strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen“,[76] widerspräche das dem

---

[72] Vgl. *Kischel* (Fn. 40), S. 248 ff. Von „unterschiedlichen Rassismen“ sprechen auch *Susanne Baer/Nora Markard*, in: Huber/Voßkuhle (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2018, Bd. 1, Art. 3 Rn. 474, auf die der Diskussionsentwurf des BMJV (Fn. 42), S. 7, für die dort ganz unbedenklich angenommene „Mehrschichtigkeit des Rassismusbegriffs“ verweist. Einem erweiterten Rassismusverständnis ist offenbar auch der Entwurf der Fraktion der LINKEN (Fn. 44), S. 8, verpflichtet, wenn es dort heißt: „Alternative Begriffe wie zum Beispiel die Anknüpfung an die vermeintliche oder tatsächliche Ethnizität, könnten so verstanden werden, dass der Schutzbereich eingeschränkt würde. Denn nach gegenwärtigem Verständnis stellt dies nur einen Teilaspekt von rassistischer Diskriminierung dar.“ Erstaunlich uneben hat sich auch das Deutsche Institut für Menschenrechte in seiner Stellungnahme „Zum Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz“, https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen/Stellungnahmen/Stellungnahme_Zum_Diskussionsentwurf_des_Bundesministeriums_der_Justiz_und_fuer_Verbraucherschutz.pdf, 2021, S. 4, letzter Zugriff: 24.5.2022, geäußert, wo es „physische Merkmale wie etwa Hautfarbe, die Sprache, die tatsächliche oder vermeintliche Herkunft oder Religionszugehörigkeit von Menschen“ einbezogen wissen will.

Aus sozialwissenschaftlicher Sicht hat *Ruud Koopmans*, Decomposing Discrimination: Why a Holistic Approach to Racism Hides More Than It Reveals, WZB Discussion Paper SP VI 2021–103, October 2021, Zitat aus dem „Abstract“, kürzlich festgestellt, dass das in der neueren Diskussion verbreitete „holistic concept of racism […], that encompasses phenotypic appearance as well as ethnicity and religion […], is not very helpful in understanding actual patterns of discrimination […].“

[73] Vgl. die zitierte Institutsstellungnahme (Fn. 72).

[74] Dazu oben bei Fn. 10 und insbesondere Fn. 11.

[75] Etwa Wiedergutmachungsregeln für wegen ihrer Rasse verfolgte Personen, wie Art. 183 BayVerf.: „Alle durch die nationalsozialistische Gewaltherrschaft […] oder wegen ihrer Rasse Geschädigten haben im Rahmen der Gesetzgebung Anspruch auf Wiedergutmachung“; ähnlich auch Art. 116 SächsVerf. Unter Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG lässt sich nur bei entsprechender Gestaltung (ggf. verfassungskonformer Auslegung) der zitierten Norm begründen, warum sie gar nicht an die Rasse anknüpft, weil nämlich das erlittene Schicksal einer sich auf die Rasse stützenden Verfolgung das Differenzierungskriterium darstellt, dazu schon *Sachs* (Fn. 4), S. 426 f. m. w. N. Wird zwischen Verfolgten danach differenziert, ob sie einer (vermeintlichen) Rasse tatsächlich angehören, ist die Legitimation einer solchen Regelung schon vor dem allgemeinen Gleichheitssatz gegenüber abweichender Behandlung wegen ihrer politischen Anschauungen oder ihrer Religion Verfolgten schwierig.

[76] Dafür die Institutsstellungnahme (Fn. 72), im Anschluss an BVerfGE 147, 1, Rn. 59; auch *Doris Liebscher*, Rassialisierte Differenz im antirassistischen Rechtsstaat, AöR 146 (2021), S. 87 (126 f.); ausführlich zum Ganzen *dies.*, Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus, 2021,

enumerativen Charakter des Merkmalkatalogs, wäre im Übrigen überflüssig, weil insoweit Art. 3 Abs. 1 GG mit verschärften Ansprüchen zur Geltung käme.[77]

IV. Fazit

Die stringente Verbotswirkung des aufgrund des „wegen" als Anknüpfungsverbots verstandenen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ist eine mühsam erreichte Errungenschaft. Nachdem sie schon im Hinblick auf die „Behinderung" in Satz 2 auf der Strecke geblieben ist[78] und durch die Erstreckung auf ggf. durch Sachgründe legitimierbare sog. „mittelbare Diskriminierungen" allgemein zusätzlich bedroht ist, empfiehlt es sich nicht, sie wegen zudem fragwürdiger sprachästhetischer Empfindsamkeiten gerade bei der „Rasse" durch eine Änderung des Grundgesetzes aufzugeben. Praktisch spielt dieses Unterscheidungsverbot heute gegenüber dem Staatshandeln glücklicherweise ohnehin keine bedeutsame Rolle. Phänomene wie das viel diskutierte „racial profiling"[79] lassen sich gerade durch das auch auf versteckte Benachteiligungen anwendbare Anknüpfungsverbot auch da erfassen, wo der Vorwurf des „Rassismus" sich plausibel zurückweisen ließe; das zu versuchen, dürfte im Übrigen auch einer sonst zu rassebezogenen Differenzierungen greifenden Staatsgewalt nach allen Erfahrungen nicht schwerfallen. Wenn der Sprachsinn des Bezugs auf „Rassismus" aber von vornherein der Bewahrung der Kontinuität der bisherigen Bedeutung geopfert würde, sich also nichts ändert, sollte auf eine solche, allein sprachkosmetische Änderung des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG schon aus Respekt vor der Stabilitätsfunktion der Verfassung verzichtet werden.

---

insbes. S. 460 ff. Das BVerfG bezieht dies aber allgemein auf Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, woraus die Stellungnahme trotzdem unmittelbar auf die Reichweite von „rassistisch" schließt. Wenn dann allgemein Menschen, „deren Vorfahren aus anderen Ländern zugewandert" sind, einbezogen werden, zeigt das, wie leicht über das Ziel hinausgeschossen wird – im Übrigen wäre der Fall wohl bereits über die „Abstammung" erfasst.

[77] Darauf weist der vom Institut (Fn. 72) herangezogene Beschluss BVerfGE 147, 1, Rn. 62, für den Fall der „sexuellen Identität" hin, bei dem die Verweigerung der Aufnahme in das Grundgesetz nicht verhindert hat, dass das BVerfG sie über Art. 3 Abs. 1 GG weitgehend so behandelt, als wäre sie doch ins Grundgesetz aufgenommen worden.

[78] Näher *Sachs* (Fn. 5).

[79] Dazu *Veronika Maria Apfl*, Racial Profiling in Deutschland?, 2018, mit wenig tiefgreifenden Überlegungen zu Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG und insbes. dessen „wegen" (S. 95); allgemein zuletzt auch den Vierten Gemeinsamen Bericht der Antidiskriminierungsstelle des Bundes und der in ihrem Zuständigkeitsbereich betroffenen Beauftragten der Bundesregierung und des Deutschen Bundestages, Diskriminierung in Deutschland – Erfahrungen, Risiken und Fallkonstellationen, BT-Drs. 19/32690, etwa S. 88, 118, 178 f., 185 ff., 233, 246 f. 252.; aus der Rechtsprechung etwa OVG Münster, NVwZ 2018, S. 1497 ff.

Skizze eines Gesamtpanoramas*

Die anvisierte Änderung des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG und die rechtliche Erfassbarkeit von Rassismen

Judith Froese

I. Einführung: Rassismus

Dem Thema „Rassismus“ kommt gegenwärtig sowohl im Alltagsdiskurs als auch in den unterschiedlichsten wissenschaftlichen Disziplinen eine gesteigerte Aufmerksamkeit zu. Im Mittelpunkt der verfassungsrechtlichen Diskussion steht dabei das Vorhaben, den Begriff der Rasse in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG durch eine andere Begrifflichkeit zu ersetzen.

Aus dem „merkwürdige(n) Schattendasein“[1], das das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG lange Zeit fristete, ist es längst herausgetreten, insbesondere soweit es um Diskriminierungen wegen des Geschlechts geht. Anders verhält es sich aber nach wie vor bei Diskriminierungen wegen der Rasse: Blickt man in die Rechtsprechung des BVerfG, so war letzteres Merkmal nur äußerst selten Gegenstand von Entscheidungen[2], zuletzt im Rahmen eines Nichtannahmebeschlusses[3]. Und auch in der (Kommentar-)Literatur haben rassistische Diskriminierungen wenig Aufmerksamkeit erfahren.[4]

In jüngerer Zeit steht das Thema „Rassismus“ indes im Fokus der öffentlichen Aufmerksamkeit und auch für die Rechtswissenschaft ist Rassismus zu einem erörterungswürdigen Thema avanciert, wie nicht zuletzt die in dem vorliegenden Band publizierten Beiträge zeigen. Was sind die Gründe hierfür? Ist das Phänomen Rassismus heute virulenter als noch vor 10 oder 20 Jahren oder gar zur Zeit der Formulierung des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes? Die Antwort auf diese Frage hängt davon ab, was man unter Rassis-

* Für hilfreiche Anmerkungen danke ich Philipp Reimer.

1 BVerfG, Beschl. v. 8.3.1983, 1 BvR 1078/80, juris Rn. 81.

2 Bei Juris ergab die Suche nach Entscheidungen des BVerfG zum Merkmal Rasse i. S. d. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG sieben Treffer (Stand: November 2021).

3 BVerfG, Beschl. v. 2.11.2020, 1 BvR 2727/19: Die Kündigung eines Arbeitnehmers wegen rassistischer Beleidung eines Arbeitskollegen stellt keine Verletzung der Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 GG, dar. Die Wertung der Arbeitsgerichte sei auch im Lichte des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG nicht zu beanstanden.

4 Siehe die Darstellung bei *Doris Liebscher*, Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus, 2021, S. 372 ff.

mus versteht. Weil ein einheitliches Verständnis von „Rassismus" im juristischen Sinne nicht existiert und andere Disziplinen wie auch das Alltagsverständnis hiermit nicht zwangsläufig deckungsgleich sind, wählt der Beitrag in seinem Titel bewusst die pluralische Form „Rassismen".

Im Wesentlichen sind zwei Interpretationen für das bisherige Schattendasein des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes denkbar: Eine positive und eine negative. Die positive Interpretation sieht in der geringen Anzahl gerichtlicher Verfahren den Beleg dafür, dass es tatsächlich wenige Fälle von Diskriminierung wegen der Rasse gebe.[5] Eine entgegengesetzte Position verweist vielmehr darauf, dass eine erschreckende Diskrepanz zwischen der Realität von Rassismus und der dieser geschenkten Aufmerksamkeit zu beobachten sei.[6] Beide Sichtweisen haben trotz der konträren Positionen, die sie einnehmen, trotz der Unvereinbarkeit, die sie jedenfalls auf den ersten Blick insinuieren, jeweils ihre Berechtigung. Zugleich zeigen sie auf, weshalb es einer näheren Auseinandersetzung mit den Begriffen und Phänomenen „Rasse" und „Rassismus" bedarf. Die kontroversen Sichtweisen decken nämlich den Kern des Problems auf, dass hinsichtlich der Begriffe Rasse und Rassismus im Rechtssinne kein einheitliches Verständnis existiert. Sieht man im Diskriminierungsverbot ein bloßes Verbot unmittelbarer Diskriminierung wegen vermeintlich vererbbarer, auf der Abstammung beruhender biologischer Merkmale,[7] dann wird man in der Tat konstatieren können, dass ein solcher Rassismus kaum noch auszumachen ist. Legt man hingegen ein Verständnis an, das mittelbare, faktische, strukturelle und institutionelle Formen eines Rassismus[8] erfasst, und das den juristischen Begriff auf kulturalisierte Erscheinungsformen (Sprache, Kultur, Nationalität) erweitert und die Betroffenenperspektive zugrunde legt, lässt sich ein anderes Bild zeichnen: Das einer Gesellschaft, in der Rassismus nicht der Vergangenheit angehört, sondern auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive ein veritables Problem von großer Aktualität darstellt.

Den vorläufigen Kulminationspunkt der Auseinandersetzungen mit den Begriffen Rasse und Rassismus stellt das Vorhaben der Streichung des Begriffes Rasse aus dem Grundgesetz und seine Ersetzung durch das Verbot der rassis-

[5] *Uwe Kischel*, Rasse, Rassismus und Grundgesetz, AöR 145 (2020), S. 227 (228 f.): „erfreuliches Schattendasein".

[6] *Doris Liebscher*, Rassialisierte Differenz im antirassistischen Rechtsstaat, AöR 146 (2021), S. 87 (88 f.).

[7] So die herkömmliche Definition, siehe: *Werner Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2013, Bd. I, Art. 3 Rn. 129; *Christine Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 74. EL 2015, Art. 3 Abs. 3 Rn. 45; *Hans D. Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), GG, 16. Aufl. 2020, Art. 3 Rn. 140; *Angelika Nußberger*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 9. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 295; *Kischel* (Fn. 5), S. 246 ff.

[8] Zu den unterschiedlichen Erscheinungsformen und ihrer verfassungsrechtlichen Zuordnung siehe insbesondere die Beiträge von *Nora Markard*, *Philipp Reimer* und *Michael Sachs* in diesem Band.

tischen Diskriminierung dar, das vorerst zwar nicht realisiert wurde, aber weiterhin auf der politischen Agenda steht.[9] Nicht zuletzt stellt es ein Vorhaben dar, auf das sich die sog. Ampel-Parteien in ihrem Koalitionsvertrag verständigt haben.[10] Anhand dieses Vorhabens, den dafür und dagegen vorgebrachten Argumenten lässt sich weit mehr von einem gewandelten Verständnis von Gleichheit und (Anti-)Diskriminierung erkennen, als der erste Blick vermuten lässt. Der vorliegende Beitrag versucht, die verfassungsrechtliche Diskussion zum Thema Rassismus in einen größeren Kontext zu stellen, gleichsam ein Gesamtpanorama zu skizzieren. Hierzu soll zunächst das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot als dogmatischer Ansatzpunkt der Auseinandersetzung beleuchtet werden (II.). Hieran schließen sich Überlegungen zu einer Kontextualisierung der aktuellen Bestrebungen an (III.). Schließlich soll auf einzelne Erscheinungsformen eines Rassismus eingegangen werden und dabei ein besonderes Augenmerk auf die Figur der mittelbaren Diskriminierung gelegt werden (IV.).

II. Rassismus und verfassungsrechtliches Diskriminierungsverbot

Den dogmatischen Ansatzpunkt für die verfassungsrechtliche Auseinandersetzung mit dem Thema Rassismus bildet das in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG enthaltene Verbot der Benachteiligung oder Bevorzugung wegen der Rasse. Den primären Anlass für Überlegungen zu einer Verfassungsänderung bildet der Umstand, dass das Diskriminierungsverbot den Begriff der Rasse verwendet und auf die-

---

[9] Bündnis 90/Die Grünen streben die Streichung des Begriffs Rasse aus dem GG an, siehe den Appell unter: https://www.gruene.de/aktionen/den-begriff-rasse-aus-dem-grundgesetz-streichen, letzter Zugriff: 24.5.2022; das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat kürzlich einen Diskussionsentwurf vorgelegt, wonach der Begriff „Rasse“ in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG gestrichen und stattdessen die Formulierung „aus rassistischen Gründen“ nach dem Wort „Anschauungen“ eingefügt werden soll, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_Ersetzung_Begriff_Rasse.pdf?__blob=publicationFile&v=3, letzter Zugriff: 24.5.2022; aus der jüngeren juristischen Literatur für eine Verfassungsänderung: *Isabelle M. Kutting/Naziar Amin*, Mit „Rasse“ gegen Rassismus? – Zur Notwendigkeit einer Verfassungsänderung, DÖV 2020, S. 612; dezidiert gegen eine Streichung des Begriffs „Rasse“ aus dem Grundgesetz, insbesondere gegen eine Ersetzung durch das Wort „rassistisch“: *Kischel* (Fn. 5), S. 227, 260 f.

[10] Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag zwischen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN UND FDP, S. 121, abrufbar unter: https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/a4ceb7591c8d9058b402f0a655f7305b/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1, letzter Zugriff: 24.5.2022. Dort ist wohlgemerkt lediglich festgehalten, dass der Begriff „Rasse“ ersetzt werden, hingegen nicht, wie eine Neuformulierung lauten soll.

se Weise insinuiere, es existierten unterschiedliche menschliche Rassen[11] – so ein Argument der Befürworter einer solchen Änderung.[12]

Um Benachteiligungen oder Bevorzugungen aufgrund der Rasse zu untersagen und zu verhindern, muss das Recht indes benennen, was es bekämpft. Hierdurch gerät es aber in das Dilemma, abzulehnende und zu bekämpfende Konzeptionen von der Einteilung der Menschen in verschiedene Rassen zu wiederholen und zu seinem Gegenstand zu machen. Das Recht hat daher womöglich selbst Anteil an der (Fort-)Existenz solcher Rassekonzeptionen, die es eigentlich bekämpfen will.

Vorgeschlagen werden stattdessen Formulierungen, die semantisch nicht auf das „Haben" von Merkmalen auf Seiten der von Diskriminierungen Betroffenen abstellen, sondern auf die diskriminierende Handlung. Nicht die Benachteiligung oder Bevorzugung „wegen" „seiner Rasse" soll künftig verboten werden, sondern die „rassistische Diskriminierung". Es sollen allerdings nicht vornehmlich Handlungen verboten, sondern Zustände verändert werden.[13] Das zu Bekämpfende geht nämlich nicht (entscheidend) von einem handelnden, diskriminierenden Subjekt aus.[14] Sondern es sind sog. institutionelle und strukturelle Gegebenheiten, die es nach dieser Sichtweise zu verändern gilt: jene werden als Diskriminierungen angesehen und sollen vom Diskriminierungsverbot erfasst sein.

Die Frage, ob in einer solchen begrifflichen Verschiebung auch eine inhaltliche Veränderung des Bedeutungsgehaltes des Diskriminierungsverbotes zu erblicken wäre,[15] stellt sich aber nicht allein und nicht erst bei einer entsprechenden Verfassungsänderung. Denn bereits unter Geltung der derzeitigen Fassung

---

[11] *Susanne Baer*, Der problematische Hang zum Kollektiv, in: Jähnert/Aleksander/Kriszio (Hrsg.), Kollektivität nach der Subjektkritik, S. 47, insbesondere S. 63.

[12] Siehe etwa *Hendrik Cremer*, „… und welcher Rasse gehören Sie an?" Zur Problematik des Begriffs „Rasse" in der Gesetzgebung, Deutsches Institut für Menschenrechte, Policy Paper Nr. 10, 2. Aufl. 2009, S. 5; *Kutting/Amin* (Fn. 9), S. 612 (613 f.).

[13] *Philipp Reimer* (in diesem Band, S. 157–159) zur Unterscheidung zwischen Handlungs- und Zustandsgerechtigkeit.

[14] In diesem Sinne: *Alexander Somek*, Moral als Bosheit, 2021, S. 88: Es fehle an einem „Distributionsagent[en]".

[15] Dies annehmend und daher ablehnend: *Kischel* (Fn. 5), S. 260 f.; gegen die Annahme, eine Änderung des Verfassungstextes werde zu einer Veränderung des Regelungsgehalts führen: *Mehrdad Payandeh*, Verfassungsgerichtliche Konturierung des Verbots rassistischer Diskriminierung, NVwZ 2021, S. 1830 (1831); *Mathias Hong*, „Rasse" im Parlamentarischen Rat und die Dynamik der Gleichheitsidee seit 1776, Teile I–V, Verfassungsblog v. 20.–23.7.2020, https://verfassungsblog.de/rasse-im-parlamentarischen-rat-i/, https://verfassungsblog.de/rasse-im-parlamentarischen-rat-ii/, https://verfassungsblog.de/rasse-im-parlamentarischen-rat-iii/, https://verfassungsblog.de/rasse-im-parlamentarischen-rat-iv/, https://verfassungsblog.de/rasse-im-parlamentarischen-rat-v/, letzter Zugriff: 24.5.2022, befürchtet hingegen, dass eine solche Änderung zu einer Schwächung des Diskriminierungsverbotes führen könnte, weil für das Vorliegen einer Diskriminierung womöglich eine Absicht/Intention vorausgesetzt werde.

– des Verbots der Benachteiligung und Bevorzugung „wegen“ der „Rasse“ – wird in der Literatur teils eine erweiternde Auslegung vorgenommen, die zu einer erheblichen Bedeutungsverschiebung führt. Der Begriff der Rasse wird aus seinem historischen Kontext gelöst und dem alltagssprachlichen Verständnis diverser Erscheinungsformen eines Rassismus angenähert. So sollen insbesondere kulturalisierte[16] Formen eines Rassismus umfasst sein und das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot soll auf sog. mittelbare, faktische, strukturelle und institutionelle Diskriminierungen erstreckt werden. Damit sind bereits die beiden zentralen Leitfragen angesprochen, denen sich dieser Sammelband widmet: Erstens, werden kulturalisierte Formen eines Rassismus vom verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbot erfasst? Zweitens, werden sog. mittelbare, strukturelle, institutionelle Diskriminierungen erfasst? Diese sollen hier nicht als solche Gegenstand der Erörterung sein, sondern eingenommen werden soll eine abstraktere Perspektive. Im Hintergrund dieser begrifflichen Verschiebung lässt sich nämlich eine Mehrzahl von veränderten bzw. zu verändernden Weichenstellungen ausmachen, die über das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot wegen der Rasse hinausgehen.

III. Rassismus und Zeitgeist

1. Identitätspolitik

Der Fokus auf identitätsbezogene[17] Merkmale lässt sich in einen breiteren Kontext stellen: Die Betonung der gruppenbezogenen Besonderheiten tritt insbesondere auch beim Geschlecht (Stichwort: Parität) und beim Alter (Generationengerechtigkeit, Klimaschutz) zutage. Menschen teilten bestimmte Erfahrungen mit anderen, die verschiedenen gesellschaftlichen Gruppen gelte es angemessen abzubilden und zu repräsentieren.[18]

---

[16] Definition bei *Liebscher* (Fn. 6), S. 112: „Die Gemeinsamkeit aller Rassismen besteht in der Konstruktion von Abstammungsgruppen mit als mehr oder als weniger unveränderlich imaginierten generationell weitergegebenen Eigenschaften oder kulturellen Identitäten. Neue Konzepte wie Kultur, Ethnie oder Nation sind zwar durchlässiger als biologische Rassekonzepte, doch es verschwindet nicht der Bezug auf Genealogie, Homogenität, Identität, Immanenz und Permanenz, der allen rassialisierenden und ethnisierenden Kategorisierungen zu Grunde liegt.“

[17] Versuch einer Begriffsbestimmung bei *Eric Hilgendorf*, Identitätspolitik als Herausforderung für die liberale Rechtsordnung, JZ 2021, S. 853.

[18] *Frank Schorkopf*, Staat und Diversität: Agonaler Pluralismus für die liberale Demokratie, 2017, insbes. S. 31 ff.; *Judith Froese*, Der Mensch in der Wirklichkeit des Rechts. Zur normativen Erfassung des Individuums durch Kategorien und Gruppen, 2022, insbes. S. 422 ff.

2. Sozialkonstruktivismus

Dabei geht es aber nicht um substanzhafte Eigenschaften des Menschen, die Vorstellung vom Vorhandensein solcher wird vielmehr als Essentialismus[19] abgelehnt. Es sind vielmehr die sozialen Zuschreibungen und die expérience vécue[20], die eine Frau zur Frau, einen Menschen zur Person of Color machten, die Umweltbedingungen, die eine Person behinderten (Ableismus[21]). Selbst Alter[22] und Hautfarbe[23] können so als veränderliche, von der eigenen Wahrnehmung abhängige Identitätsmerkmale erscheinen. Auch über den Bereich der „Rasse" – die anerkanntermaßen eine bloße soziale Konstruktion darstellt – hinaus lassen sich Dekonstruktionsbestrebungen beobachten, die mit den genannten Schlagworten hier bloß angedeutet seien.[24]

3. Diskriminierung als Hierarchisierung

Versteht man die Diskriminierungsverbote als Hierarchisierungsverbote, so lassen sich die einzelnen Merkmale sehr weit und unter Vernachlässigung ent-

---

[19] Unter dem Topos des Essentialismus (oder auch Biologismus) wird Kritik an rechtlichen Zuschreibungen geübt. Gemeint ist damit, dass Personen oder Personengruppen notwendige Eigenschaften, ein statischer Wesenskern (lat. *essentia*) zugeschrieben würden, diese also nicht als sozial konstruiert, sondern als vermeintlich natürlich behandelt würden (siehe dazu etwa: *Kwame Anthony Appiah*, The Lies that bind. Rethinking Identity, 2018; *Schorkopf* [Fn. 18], S. 24). Personen mit derart zugeschriebenen Eigenschaften würden als „natürliche", homogene Gruppe betrachtet, vgl. die Kritik bei *Susanne Baer*, Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit, VVDStRL 68 (2009), S. 290 (301 f., 328 [Fn. 142]); aus der Gender-Forschung: *Andrea Maihofer*, Geschlecht als Existenzweise, S. 159 ff.; aus soziologischer Perspektive: *Rogers Brubaker*, Trans. Gender and Race in an Age of Unsettled Identities, 2016, insbesondere S. 21 ff. Essentialismus ist denn auch weder eine neutrale noch eine bloß deskriptive Bezeichnung, siehe: *Ian Hacking*, Was heißt ‚soziale Konstruktion'? Zur Konjunktur einer Kampfvokabel in den Wissenschaften, 1999, S. 36: „Die meisten, die das Wort überhaupt verwenden, gebrauchen es zur üblen Nachrede, um die Gegenseite schlechtzumachen. Ich kann mich nicht erinnern, jemals erlebt zu haben, daß jemand aufgestanden wäre und gesagt hätte: ‚Ich bin Essentialist und vertrete einen essentialistischen Rassenbegriff.'"

[20] *Simone de Beauvoir*, Le deuxième Sexe, Bd. II L'expérience vécue, 1949.

[21] Der Begriff des Ableismus lehnt sich an die englischen Begriffe „able" (fähig) und „disabled" (behindert) an und versteht das Zuschreiben von Eigenschaften an Menschen mit Behinderung, die Reduktion von Menschen auf ihre Behinderung als Diskriminierung; aus der Perspektive der Disability-Forschung siehe: *Swantje Köbsell*, Doing Dis_ability, in: Fereidooni/Zeoli (Hrsg.), Managing Diversity. Die diversitätsbewusste Ausrichtung des Bildungs- und Kulturwesens, der Wirtschaft und Verwaltung, 2016, S. 89 ff.; zur Kritik am Konzept des Ableismus siehe: *Andreas Rödder*, 21.0. Eine kurze Geschichte der Gegenwart, 2. Aufl. 2015, S. 126.

[22] Fall Emile Ratelband, Entscheidung der Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2018:5102.

[23] Fall Rachel Dolezal, dazu: *Brubaker* (Fn. 19), insbesondere S. 1 ff.

[24] Zur Dekonstruktion herkömmlicher Kategorien siehe *Froese* (Fn. 18), insbes. S. 146 ff.

stehungsgeschichtlicher Deutungsgehalte auslegen. Denn im Vordergrund steht dann eine Unterscheidung zwischen den privilegierten, nicht markierten Normalen und den (potentiell) Diskriminierten. Nur für letztere sollen die Diskriminierungsverbote gelten (asymmetrisches Verständnis).[25] So soll eine Diskriminierung wegen der Rasse nicht nur dann Vorliegen, wenn diese wegen vermeintlich vererbbarer, auf der Abstammung beruhender biologischer Merkmale erfolgt, sondern letztlich weit und in einem kulturalisierten Sinne verstanden werden.[26] Dies wirft indes die Frage auf, ob der Ausdifferenzierung der Merkmale in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG – insbesondere mit Blick auf diejenigen Merkmale der Religion, Sprache, Heimat und Herkunft – dann überhaupt noch eine Bedeutung zukäme oder das Diskriminierungsverbot derart in ein bloßes Hierarchisierungsverbot uminterpretiert würde, bei dem es auf die Anknüpfung an ein *bestimmtes* Merkmal in der Konsequenz nicht mehr ankäme. Ungleichbehandlungen, die nicht „wegen" eines verpönten Merkmals erfolgen, lassen sich indes mittels des allgemeinen Gleichheitssatzes fassen; implizite Diskriminierungen knüpfen an (mindestens) eines der verpönten Merkmale an und erfüllen den Tatbestand des Diskriminierungsverbotes des Art. 3 Abs. 3 GG ohnehin.

In tatsächlicher Hinsicht ist die Annahme, dass es bei typisierender Betrachtung Personengruppen gibt, die besonders von Diskriminierung betroffen sind, – etwa: Frauen und Personen mit uneindeutiger Geschlechtlichkeit gegenüber Männern, „Schwarze" gegenüber „Weißen", Personen mit Migrationshintergrund gegenüber Personen ohne einen solchen – augenscheinlich plausibel. Dieser tatsächliche Befund darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Diskriminierungsverbot sich gegen jegliche Diskriminierung wendet, also etwa auch einen hiervon betroffenen „alten weißen Mann"[27] schützt. Zudem gilt es zu bedenken, dass sich (privilegierte) Mehrheit und strukturell benachteiligte Minderheiten nicht statisch unterscheiden lassen.[28]

---

[25] Für ein solches asymmetrisches Verständnis siehe nur *Susanne Baer/Nora Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 418 ff.

[26] Unter einen solchen weiten Begriff werden insbesondere ein antimuslimischer, ein antijüdischer und ein antiziganistischer Rassismus gefasst, siehe *Cengiz Barskanmaz*, Recht und Rassismus. Das menschenrechtliche Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse, 2019, S. 88 ff.; *Payandeh* (Fn. 15), S. 1832; zu kulturalisierten Formen eines Rassismus und ihrer rechtlichen Bewertung siehe ferner *Liebscher* (Fn. 4), insbes. S. 412 ff.

[27] Der Begriff des „alten weißen Mannes" wird hier als Chiffre verwendet; das Merkmal des Alters ist in Art. 3 Abs. 3 GG zwar nicht enthalten, Bevorzugungen und Benachteiligungen wegen des Alters unterfallen daher Art. 3 Abs. 1 GG, wobei der Maßstab für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung demjenigen des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG entspricht (sog. Quasi-Diskriminierungsverbot); dazu: *Sigrid Boysen*, Vergleichbarkeit und „wesentliche Gleichheit", in: Kempny/Reimer (Hrsg.), Gleichheitssatzdogmatik heute, 2017, S. 35, 57 ff.; *Ferdinand Wollenschläger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 1 Rn. 145; siehe ferner (gegen eine „reine Täter-Opfer-Perspektive"): *Roman Lehner*, Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz und Grundrechte, 2013, S. 156.

[28] Siehe auch *Frank Schorkopf*, Menschenrechte und Mehrheiten, ZaöRV 82 (2022), S. 19 (25).

Rechtswissenschaft wie -praxis bedürfen handhabbarer Kriterien, um bewerten zu können, ob eine Diskriminierung vorliegt. Denn die Diskriminierungsverbote schützen nicht nur diejenigen, die „strukturell benachteiligt“ sind, und wer zu dieser Gruppe zählt kann juristisch nicht auf der Grundlage einer Alltagsplausibilität erschlossen werden, die überspitzt lautete: „Alte, weiße Männer sind nicht von Diskriminierungen betroffen, werden vom Diskriminierungsverbot nicht adressiert und wer ein alter, weißer Mann ist, das ist ohne weiteres erkennbar.“ Beziehungsweise umgekehrt gewendet: „Eine muslimische Frau mit einer Einwanderungsgeschichte ist per se von Diskriminierungen betroffen.“

IV. Rassismus und Statistik

Soll sich das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG auch gegen mittelbare, strukturelle und institutionelle Diskriminierungen richten, so bedarf es zu deren Erfassbarkeit eines gewissen Maßes an „‚objektiver‘ Merkmalsträgerschaft“[29]. Dies birgt indes unweigerlich die Gefahr, essentialistische Verständnisse, die insbesondere sozialkonstruktivistische Ansätze einzudämmen suchen und die mit Blick auf das Merkmal der „Rasse“ besonders problematisch sind, wiederum anzulegen.

1. Erfassung mittels Zuschreibung und Gruppenbildung

Das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG findet unstreitig Anwendung auf unmittelbare Diskriminierungen (zu denen auch verdeckte und implizite[30] Erscheinungsformen zählen); das BVerfG erkennt die Rechtsfigur der sog. mittelbaren Diskriminierung für das Merkmal des Geschlechts, (ohne nähere Begründung) auch für dasjenige der Sprache[31] und in jüngerer Zeit für dasjenige der Behinderung[32] an. In der Rechtsprechung finden sich zwar durchaus weiter

[29] *Philipp Reimer*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl. 2022, Bd. IV, § 130 Rn. 38 (i. E).

[30] Begriff bei *Kischel* (Fn. 5), S. 233.

[31] Es komme diesbezüglich wie beim allgemeinen Gleichheitssatz auf die „materiellen Wirkungen einer Regelung in der Wirklichkeit an, faktische Benachteiligungen werden also gleichfalls erfasst“ – BVerfGK 2, 36, Rn. 22. Die verfahrensgegenständliche Regelung über die Auferlegung der Kosten des Strafverfahrens, wonach entstehende Dolmetscherkosten vom Verurteilten zu tragen sind, ließe sich aber mit guten Gründen als verdeckte, d. h. als unmittelbare Diskriminierung einordnen. Denn die auf der Grundlage der äußerlich neutralen Norm des § 464 StPO auferlegten Dolmetscherkosten sind „unmittelbare Folge der mangelnden Sprachkenntnisse“ (Rn. 23).

[32] BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021, 1 BvR 1541/20, Rn. 93; BVerfGE 151, 1, Rn. 55; siehe auch

gefasste Formulierungen,[33] daraus wird man jedoch nicht ohne weiteres auf eine ausdrückliche Anerkennung die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung für die übrigen Merkmale schließen können.[34]

Die Erfassung sog. mittelbarer, faktischer oder struktureller Diskriminierung arbeitet zwangsläufig mit der Bildung von identitätsbezogenen Gruppen: Um feststellen zu können, dass eine gesetzliche Regelung eine Gruppe von Merkmalsträgern überproportional trifft, bedarf es einer Zuordnung des Einzelnen zum jeweiligen Merkmal, um die Auswirkungen einer Regelung auf der Grundlage statistischer Erhebung jedenfalls indiziell ausmachen zu können. Empirie und Statistik sind auf eben jene zuordnenden Elemente angewiesen, gegen die sich das Diskriminierungsverbot wendet. Sie können zunächst einmal bloß einen Aufschluss über eine Korrelation, nicht hingegen über einen Kausa-

---

bereits (allerdings ohne Verwendung des Begriffs der mittelbaren Diskriminierung) BVerfGE 99, 341 (356).

[33] So bspw. im Zusammenhang mit dem Merkmal der Sprache in BVerfGK, Beschl. v. 27.8. 2003, 2 VR 2034/01, Rn. 17: „Die in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG genannten Merkmale dürfen grundsätzlich weder unmittelbar noch mittelbar als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen werden"; die in Bezug genommene Entscheidung (BVerfGE 97, 35 [43]) betrifft wiederum das Merkmal des Geschlechts, für das die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung einhellig anerkannt wird; siehe auch BVerfGE 121, 241, Rn. 49: Die Formulierungen des Gerichts sind zunächst allgemeiner gehalten, beziehen sich dann jedoch umgehend auf die im konkreten Fall relevante Frage einer mittelbaren Benachteiligung wegen des Geschlechts. Hieraus wird man daher nicht schließen können, dass das Gericht den Anwendungsbereich der mittelbaren Diskriminierung auf sämtliche Merkmale des Art. 3 Abs. 3 GG erstreckt wissen will; a. A.: *Katharina Koch/Alexander Nguyen*, Schutz vor mittelbarer Diskriminierung – Gleiches Recht für alle?, EuR 2010, S. 364 (371); *Baer/Markard* (Fn. 25), Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 430 m. w. N. zum Meinungsstand.

[34] So wirft das BVerfG die Frage nach einer mittelbaren Benachteiligung in seinem Beschluss zum Kopftuchverbot für Referendarinnen auf, bezieht diese indes nicht auf das Merkmal der Religion, sondern auf dasjenige des Geschlechts. Ob eine mittelbar diskriminierende Wirkung in der Verpflichtung zu neutralem Verhalten liege, lässt das Gericht offen – BVerfGE 153, 1, Rn. 113; eine Diskriminierung wegen der Heimat vermochte das BVerfG in der Regelung des § 1 Notaufnahmegesetz, die Einschränkungen der Zuwanderung gegenüber Deutschen der sowjetischen Besatzungszone vorsah, nicht erblicken. Die ausdrückliche Benennung der Bewohner der sowjetischen Besatzungszone im Gesetzestext stelle „lediglich eine Art verkürzter Tatbestandsformulierung dar" – BVerfGE 2, 266, Rn. 52. In der unterschiedlichen besoldungsrechtlichen Behandlung ost- und westdeutscher Beamter sieht das BVerfG mittelbare Wirkungen mit Blick auf die örtliche Herkunft, misst diese aber nicht am Maßstab des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG. Das Diskriminierungsverbot wegen der Heimat sei entstehungsgeschichtlich insbesondere auf den Schutz der Vertriebenen und Flüchtlinge nach dem Zweiten Weltkrieg ausgerichtet und schützte nach Sinn und Zweck nicht vor den unmittelbaren und mittelbaren Wirkungen der nach Ost und West differenzierenden Besoldungsregelungen – BVerfGE 107, 257, Rn. 43. Die Aussage, es sei Zweck des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, „Angehörige strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen vor Benachteiligung zu schützen" in BVerfGE 147, 1, Rn. 59 bezieht sich nicht auf die (für das Geschlecht ohnehin anerkannte) Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung, sondern auf den Begriff des Geschlechts in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG. Das Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts schützt nicht nur Männer und vor Frauen vor Diskriminierungen, sondern auch Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung.

litätszusammenhang zwischen der Zugehörigkeit zu einer Personengruppe und einer Benachteiligung geben. Ausgehend hiervon soll im Folgenden näher auf die Bedeutung von Statistiken für die Feststellung der überproportionalen Betroffenheit einer Personengruppe eingegangen werden.

2. Die Bedeutung von Statistiken für die Feststellung von Diskriminierungen

Einzelne gesellschaftliche Gruppen – die es freilich zunächst zu rekonstruieren gilt – können von staatlichen Maßnahmen besonders betroffen sein oder in einzelnen Bereichen unterrepräsentiert sein (z.B. in den Parlamenten, unter den Studierenden, in Führungspositionen etc. pp.). Aus der besonderen Betroffenheit bzw. der Unterrepräsentation wird auf die sozialen Strukturen geschlossen, die verhinderten, dass die Betroffenen gleichermaßen abgebildet sind. Die Unterrepräsentation fungiert also als bloßes Indiz, das den Rückschluss auf die Diskriminierung erlauben soll.

Um feststellen zu können, dass eine staatliche Maßnahme eine Gruppe von Merkmalsträgern typischerweise trifft und sich für diese nachteilig auswirkt, bedarf es tatsächlicher Anhaltspunkte. Statistik und Empirie sind hierfür zwar nicht die alleinigen, aber besonders bedeutende Indikatoren.[35] Statistiken sind indes nicht in der Lage, sog. strukturellen Diskriminierungen zu belegen, sondern sie können allenfalls Anhaltspunkte für eine prozentuale Unterrepräsentation oder besondere Betroffenheit liefern. Auch aus dieser lässt sich indes nicht eo ipso auf strukturell diskriminierende Zustände und Praxen schließen. Der Kausalitätsnachweis wird hierdurch also nicht erbracht.[36]

Bezüglich derjenigen Merkmale, bei denen das BVerfG die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung anerkennt – insbesondere beim Geschlecht und inzwischen auch bei der Behinderung – bedient es sich statistischer Erhebungen, um eine solche mittelbare Diskriminierung festzustellen. Da es sich bei der mittelbaren Diskriminierung nicht um eine verdeckte oder implizite Benachteiligung handelt, die ausschließlich die Merkmalsträger betrifft, sondern eben nur um eine typischerweise bei der Gruppe der Merkmalsträger eintretende Benachteiligung, bedarf es Kriterien zur Bemessung dieser typischen Betroffenheit. So ergibt sich etwa die mittelbare Benachteiligung von Frauen bei Regelungen, die zwischen Beschäftigten in Vollzeit und solchen in Teilzeit differenzieren, dar-

---

[35] *Baer/Markard* (Fn. 25), Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 431; *Heike Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 3 Rn. 60; *Anne Peters/Tilmann Altwicker*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 21 Rn. 76.

[36] Siehe dazu auch den Beitrag von *Philipp Reimer* (in diesem Band, S. 141 [145 ff.]); zur Unterscheidung von Kausalität und Korrelation siehe auch *Daniel Thym* (in diesem Band, S. 3 [27 f.]).

aus, dass die überwiegende Anzahl von Teilzeitbeschäftigten weiblichen Geschlechts ist.[37] Die Kausalzusammenhänge dürften diesbezüglich weniger komplex sein als in dem hier relevanten Feld unterschiedlicher Rassismen.

Für die Feststellung sog. faktischer oder auch struktureller Benachteiligungen wird Statistiken hingegen wohl eine tendenziell geringere Bedeutung beigemessen: Der Begriff der faktischen Benachteiligung wird zwar auch verwendet, um Auswirkungen auf Merkmalsträger zu erfassen, die nicht unmittelbar erfolgen. Im Unterschied zur mittelbaren Diskriminierung ergibt sich die Benachteiligung aber nicht aus einer neutralen Regelung, sondern sie beruht auf strukturellen Bedingungen.[38] Das BVerfG differenziert in seinem Beschluss, mit dem es die Wahlprüfungsbeschwerde bezogen auf das Fehlen gesetzlicher Regelungen zur paritätischen Ausgestaltung des Wahlvorschlagsrechts bei den Bundestagswahlen als unzulässig verworfen hat, explizit zwischen mittelbarer Diskriminierung und faktischen, auf strukturellen Bedingungen basierenden Benachteiligungen. Während für die Annahme einer mittelbaren Diskriminierung maßgebend auf Statistiken abgestellt wird, scheint dies für den Nachweis faktischer Benachteiligungen nicht ohne Weiteres auszureichen: Den bloßen Verweis auf den statistischen Bevölkerungs- und Wahlberechtigtenanteil von Frauen, hinter dem der prozentuale Anteil von Frauen bei den Wahlvorschlägen und Parlamentssitzen zurückbleibe, erachtet das BVerfG für nicht ausreichend, um auf das „Vorliegen einer faktischen, auf strukturellen Bedingungen beruhenden Beachteilung“[39] von Frauen zu schließen.

Statistiken allein vermögen eine Benachteiligung auch im Rahmen sog. mittelbarer Diskriminierungen zwar nicht stets zu indizieren und umgekehrt ist der statistische Nachweis kein zwingendes Kriterium für das Vorliegen einer solchen. Ein Blick auf die Rechtsprechung des BVerfG zu Fällen der mittelbaren Diskriminierung zeigt aber, dass es schwerlich möglich ist, diese ohne Rückgriff auf Statistik und Empirie zu belegen. Eine bloße Alltagsplausibilität allein wird nicht ausreichen, um auf eine überproportionale Betroffenheit schließen zu können.

3. Zu- und Festschreibung durch Statistik

Gerade in der statistischen Erhebung, die das wesentliche Kriterium für den Nachweis mittelbarer Diskriminierungen darstellt, liegt nun aber eine gewisse Zu- und Festschreibung der Individuen anhand identitätsbezogener Merkmale.[40] Dies führt zu gleich mehreren Dilemmata: Es bedarf des (Zahlen-)Wissens,

---

[37] So in BVerfG, Beschl. v. 18.6.2008, 2 BvL 6/07.

[38] So die Unterscheidung in BVerfG, Beschl. v. 15.12.2020, 2 BvC 46/19, Rn. 86ff.

[39] BVerfG (Fn. 38), Rn. 88.

[40] Zu dem daraus resultierenden Dilemma: *Linda Supik*, Statistik und Rassismus, 2014, insbes. S. 117ff.

um diskriminierende Strukturen und Praktiken erkennen zu können, zugleich führt die Zuordnung, Erhebung und Erfassung solcher Daten zu einer Festschreibung von Differenzen, von klaren Linien[41] zwischen einzelnen Bevölkerungsgruppen und kann Anteil haben an einer Verstärkung der Differenzen und so Diskriminierung vertiefen.

Während das Recht das Geschlecht einer Person und in Teilbereichen auch die Behinderung erfasst[42] und statistische Erhebungen hierdurch Bezugspunkte haben, werden andere Merkmale und Zugehörigkeiten bewusst nicht erfasst: So erfolgt eine statistische Erfassung von Individuen nach ihrer Zugehörigkeit zu einer Ethnie – maßgebend bestimmt durch das Ziel der Verhinderung von Verfolgungen dieser – bewusst nicht.[43] Die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit wird somit letztlich subjektiv durch das einzelne Individuum bestimmt. Art. 3 Abs. 1 des Rahmenübereinkommens zum Schutz nationaler Minderheiten (RÜ) beinhaltet das sog. Bekenntnisprinzip, wonach jede Person, die einer nationalen Minderheit angehört, das Recht hat, frei zu entscheiden, ob sie als solche behandelt werden möchte oder nicht. Die Norm bestimmt weiter, dass aus dieser Entscheidung oder der Ausübung der mit dieser Entscheidung verbundenen Rechte keine Nachteile erwachsen dürfen. Auch die Bezeichnung der Minderheiten erfolgt nach deren je eigenem Selbstverständnis.[44]

Bei den Merkmalen „Geschlecht" und „Behinderung" lässt sich immerhin mit einer relativ klaren Einteilung arbeiten, die aber freilich zunehmend brüchiger wird. Beim Geschlecht wäre heutzutage zwischen drei bzw. vier Gruppen zu unterscheiden (Frauen, Männer, Personen mit dem Geschlechtseintrag divers, Personen mit offengelassenem Geschlechtseintrag), bei der Behinderung zwischen Personen mit einer Behinderung und Personen ohne eine Behinderung, wobei eine Unterscheidung zwischen einzelnen Formen einer Behinderung freilich wiederum anspruchsvoll sein wird. Im Unterschied zum Geschlecht kann bei der Behinderung aber immerhin leichter auf die Betroffenheit der Gruppe der Merkmalsträger geschlossen werden. Statistiken können hier recht aussagekräftig sein.

Bei den anderen Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG lässt sich eine solche relativ überschaubare Unterteilung hingegen nicht vornehmen, sondern hier ist

---

[41] Zur Differenzierung zwischen einer recht klar vorhandenen „line of demarcation" zwischen Frauen und Männern und einer sehr viel schwierigeren trennscharfen Grenzziehung bei anderen Gruppen („ethnocultural groups"): *Anne Phillips*, Multiculturalism without Culture, 2007, S. 167 (in Bezug auf die Repräsentation im Parlament).

[42] Siehe *Froese* (Fn. 18), S. 77 ff. (Geschlecht) und S. 93 ff. (Behinderung).

[43] Als Anknüpfungspunkt für Erhebungen wird daher zumeist der Migrationshintergrund verwendet, siehe dazu: *Michael Grünberger/Anna Katharina Mangold/Nora Markard/Mehrdad Payandeh/Emanuel V. Towfigh*, Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, NJW 2021, S. 1799 f., die selbst den Arbeitsbegriff „People of Color" vorschlagen.

[44] *Rainer Hofmann*, in: ders./Angst/Lantschner/Rautz/Rein (Hrsg.), Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten, Landesbericht Deutschland, Rn. 2.

vielmehr die Bildung einer Vielzahl von Vergleichsgruppen denkbar:[45] Bei Abstammung, Sprache, Heimat, Herkunft, Glauben, religiösen und politischen Anschauungen lassen sich jeweils eine Vielzahl von Vergleichsgruppen bilden. Bei religiösen und politischen Anschauungen ließe sich zwar teils noch eine Rückkoppelung vornehmen über die Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft oder einer politischen Partei. Erfassbar wäre damit aber nur eine Gruppenzugehörigkeit, die für das Diskriminierungsverbot allerdings gerade nicht ausschlaggebend sein kann – geschützt werden nicht Angehörige identitätsbezogener Gruppen, sondern Individuen. Das Recht arbeitet hier mit Kategorien, nicht mit Gruppen.[46]

Beim Merkmal der Rasse besteht die Schwierigkeit darin, dass es sich um ein „irrationales" Merkmal handelt – Einteilungen der Menschen anhand dieses Merkmals sich also von vornherein verbieten.[47] Es ließe sich freilich auf die Täterperspektive abstellen und von dieser ausgehend Vergleichsgruppen bilden – damit würde das Diskriminierungsverbot aber (stärker als durch die Verwendung des verpönten Begriffs „Rasse") Anteil haben an der Wahrnehmung der Menschen anhand rassialisierter Kategorien; sein eigentliches Versprechen der Absage an rassialisierte Einteilungen löste es damit nicht ein. Unmittelbare Diskriminierungen lassen sich unter Heranziehung eines irrationalen Rassebegriffs erfassen – abgestellt wird auf die diskriminierende Behandlung eines Menschen „wegen" seiner „Rasse". Entscheidend ist in diesem Fall die Perspektive des Diskriminierenden, diese lässt sich bei Ablehnung der Einteilung der Menschen in Rassen und ohne Bildung eines positiven Rassebegriffs ausmachen. Bei sog. mittelbaren Diskriminierungen fehlt es hingegen gerade an einer Handlung, die – sei es verdeckt oder implizit – an ein verpöntes Merkmal anknüpft; es bedarf dann empirischer Daten, die aber wiederum denklogisch Erhebungen unter Rückgriff auf einen objektiven Begriff bedürfen.

---

[45] *Frank Bayreuther*, „Quotenbeweis" im Diskriminierungsrecht?, NJW 2009, S. 806 (808) zur Zulassung des Statistikbeweises bei § 22 AGG.

[46] Zu Kategorien und Gruppen im System rechtlicher Klassifikationen und Zuordnungen: *Froese* (Fn. 18), insbes. S. 51 ff.

[47] Im Zusammenhang mit positiven Maßnahmen zugunsten von Migranten (sog. Migrantenquoten) siehe auch: *Christian F. Majer/Arne Pautsch*, „Positive Diskriminierung" – Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von „Migrantenquoten" und Bevorzugung wegen Migrationshintergrundes beim Zugang zum öffentlichen Dienst, ZAR 2020, S. 414 (418); zu den Schwierigkeiten des Zuschnitts des Personenkreises der förderungswürdigen Personen siehe ferner: *Thomas Groß*, Die Verfassungskonformität einer Quote für Eingewanderte, JZ 2021, S. 880 (884); eine Erfassung von Personen nach Hautfarben verstieße gegen das Diskriminierungsverbot, OVG Münster, NVwZ 2018, S. 1497 (1500); soweit Statistiken auf die Staatsangehörigkeit abstellen, kann eine Identitätsfeststellung wegen der Hautfarbe (sog. Racial Profiling) nicht allein unter Rückgriff hierauf gerechtfertigt werden, OVG Münster, NVwZ 2018, S. 1497 (1500). Hier kommt auch zum Ausdruck, dass gerade solche Statistiken Vorurteile reproduzieren können.

4. Anforderungen an Statistiken

a) Art der Statistiken: Amtliche Statistiken und nicht-amtliche Einschätzungen

Inwiefern lässt sich vor diesem Hintergrund auf Kriterien abstellen, die dem Dilemma der Bedeutungszuschreibung der Merkmale im Rahmen statistischer Erfassung entgehen?

Zum Zwecke der weiteren Erörterung dieser Frage soll sich zunächst den nationalen Minderheiten und deren Erfassung zugewandt werden. Zur Klarstellung sei voran geschickt, dass Diskriminierungen von Angehörigen nationaler Minderheiten nach hier vertretener Auffassung keine rassistischen Diskriminierungen i.S.d. verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes darstellen, sondern diesbezüglich die Merkmale der Abstammung, der Sprache, der Heimat oder Herkunft einschlägig sind.

Die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit wird nicht erfasst, sondern richtet sich nach dem bloßen Bekenntnis des Einzelnen (sog. Bekenntnisprinzip). Für die Feststellung, ob sich eine Maßnahme typischerweise nachteilig auf Angehörige einer nationalen Minderheit auswirkt, ließen sich aber durchaus empirische Daten heranziehen, die auf der Basis der Selbstzuordnung erhoben werden. So hat der EGMR im Verfahren D.H. gegen Tschechien nicht-amtliche Erhebungen als Beweis für eine indirekte Diskriminierung von Kindern der Roma bei der Einschulung zugelassen.[48] Die Anwendung der neutral gehaltenen Rechtsvorschriften über die Unterbringung in Sonderschulen führe dazu – so die Argumentation der Beschwerdeführer –, dass unverhältnismäßig viele Roma-Kinder in Sonderschulen aufgenommen und hierdurch benachteiligt worden seien. Zu den Auswirkungen einer Maßnahme oder Praxis, d.h. ob hierin eine indirekte Diskriminierung liege, könnten unter Umständen Statistiken ausreichen, andererseits bedeute dies nicht, dass eine indirekte Diskriminierung ohne solche Angaben nicht nachgewiesen werden könnte. Der EGMR akzeptierte die von den Beschwerdeführern vorgelegten statistischen Angaben, die auf Fragebögen, die an Leiter von Sonder- und allgemeinen Schulen gesandt worden waren, basierten. Aus diesen Statistiken ergab sich, dass 56 % aller Schüler in Sonderschulen in Ostrava Roma waren, der Anteil von Roma-Schülern in Grundschulen insgesamt indes nur 2,6 % betrug. An Sonderschulen lag der Anteil von Roma-Schülern bei 50,3 %, der Anteil von Nicht-Roma, die eine Sonderschule besuchen, betrug demgegenüber lediglich 1,8 %. Obwohl diese Angaben lediglich auf der subjektiven Einschätzung der Schulleiter beruhten und insbesondere nicht auf amtlichen Angaben über die ethnische Herkunft der Schüler, hat der EGMR diesen eine indizielle Wirkung („starke Vermutung“[49])

[48] EGMR (GK), Urt. v. 13.11.2007, Nr. 57325/00 – *D.H. u. a./Tschechien*, NVwZ 2008, S. 533.
[49] EGMR (GK), NVwZ 2008, S. 533 (536).

für das Vorliegen einer indirekten Diskriminierung beigemessen. Die Statistiken seien zwar womöglich „nicht in vollem Umfang verlässlich", allerdings zeigten sie „den vorherrschenden Trend, der von dem bekl. Staat und den unabhängigen Kontrollgremien [...] bestätigt wird"[50].

Durch die Unterrichtung der Roma-Kinder in Sonderschulen würden sie von den Schülern aus der Mehrheit der Bevölkerung getrennt, sie erhielten eine geringere Schuldbildung, die ihre Schwierigkeiten verschärfe und ihre spätere persönliche Entwicklung gefährde.[51]

b) Kriterien: Offizielle Register, Selbstbezeichnung/-zuschreibung

Wie bereits gezeigt werden konnte, lassen sich Vergleichsgruppen anhand der Merkmale des Geschlechts und der Behinderung immerhin unter Rückgriff auf objektive Kriterien bilden. Dies ist insbesondere beim Merkmal der Rasse nicht der Fall: Die Zugrundlegung rassistischer Konzepte zur Bestimmung unterschiedlicher Rassen verbietet sich gerade. Die Erhebung der Staatsangehörigkeit einer Person und ihrer Vorfahren (Stichwort: Migrationshintergrund) bildet das zu erfassende Phänomen nur unvollständig ab.[52]

Anders als bei unmittelbaren Diskriminierungen hilft es bei mittelbaren Diskriminierungen nicht weiter, auf die Intention bzw. das Vorstellungsbild des Diskriminierenden abzustellen. Letztere zeichnen sich gerade dadurch aus, dass eine an sich neutrale Regelung oder Praxis eine Gruppe von Merkmalsträgern faktisch überproportional betrifft. Soll dem Merkmal aber über das unmittelbare Diskriminierungsverbot hinaus Bedeutung zukommen, so bedarf es letztlich einer positiven, rechtlich greifbaren Definition: Ein „Rassismus ohne Rassen"[53] stößt an die Grenzen des rechtlich handhabbaren. Er lässt sich als unmittelbare Diskriminierung erfassen und ahnden, unter Rückgriff hierauf lassen sich aber keine statistischen Erhebungen durchführen.

Liefert die Selbstbezeichnung[54], die Aneignung rassistischer Konzepte durch die von Rassismus Betroffenen hier einen Ausweg? Für eine rechtssichere Handhabung wird dies nicht ausreichen und eben dies ist womöglich auch ein plausibler Grund dafür, dass das BVerfG die Rechtsfigur der sog. mittelbaren Diskriminierungen nicht verallgemeinernd für sämtliche Merkmale des Diskriminierungsverbots anerkennt.

Dem steht auch nicht entgegen, dass das Recht eine Bereichsausnahme kennt, wo die Selbstbezeichnung für Zugehörigkeitsfragen ausreichend ist: bei den na-

---

[50] EGMR (GK), NVwZ 2008, S. 533 (535).

[51] EGMR (GK), NVwZ 2008, S. 533 (537).

[52] Siehe dazu mit Beispielen den Beitrag von *Daniel Thym* (in diesem Band, S. 3 [17 f.]).

[53] „Racism without races": *Etienne Balibar/Immanuel Wallerstein*, Race, Nation, Class – Ambiguous Identities, 2011, S. 21.

[54] Ablehnend: *Majer/Pautsch* (Fn. 47), S. 418 im Zusammenhang mit Überlegungen zur Zulässigkeit von positiven Maßnahmen zugunsten von Migranten (sog. Migrantenquoten).

tionalen Minderheiten. Hier handelt es sich erstens um eine spezifische Sonderkonstellation, die nicht verallgemeinerungsfähig ist.[55] Zum anderen ist der Anteil der Angehörigen nationaler Minderheiten in Deutschland derart gering, dass sich eine bloße Bezugnahme auf die Selbstzuordnung eher hinnehmen lässt[56] als bei einer unüberschaubaren Anzahl von Betroffenen der diversen Erscheinungsformen eines Rassismus, über den bereits begrifflich keine Einigkeit herrscht. Schließlich und hieran anknüpfend sind immerhin die Minderheiten (und die Parteien der Minderheiten, die durch die Wahlbestimmungen privilegiert werden) einer objektiven rechtlichen Definition zugänglich,[57] die sich eben nicht bloß in einem Diskriminierungsverbot erschöpft, wie dies beim Merkmal der Rasse der Fall ist.

Rassistische Zuschreibungen lassen sich bei unmittelbaren Diskriminierungen, auch bei deren verdeckten und impliziten Formen, als solche, d.h. als Fremdzuordnungen, die mit Stereotypisierung und Hierarchisierung einhergehen, fassen. Bei mittelbaren Diskriminierungen versagt eine solche Fokussierung auf die diskriminierende Maßnahme oder Praxis, die sich überhaupt erst als solche erweisen muss. Hier wird gerade nicht – sei es verdeckt oder implizit – an ein verpöntes Merkmal angeknüpft.

Entscheidend muss sein, welchem Zweck die statistische Erfassung dient – soll hiermit die Diskriminierung/Diskriminierungsgefährdung erfasst werden, so wird eine bloße Bezugnahme auf die Selbsteinschätzung nicht ausreichen. Denn insofern geht es nicht bloß um das Bekenntnis einer Person, um ihre Identifikation, sondern um das komplizierte Verwobensein von Selbst- und Fremdwahrnehmung. Die Selbsteinschätzung gibt zwar Auskunft über die Selbstverortung einer Person, Diskriminierungen sind jedoch maßgebend abhängig von der Fremdzuordnung, d.h. vom fremden Blick, der mit der eigenen Wahrnehmung und Identität nicht zwangsläufig übereinstimmen muss.[58] Die bestmögliche Achtung der Selbstidentifikation einer Person kann zudem zu einer Unterschätzung des betroffenen Personenkreises führen, wie das Beispiel der Roma

---

[55] Siehe auch *Schorkopf* (Fn. 28), S. 5.

[56] Durchaus nicht unproblematisch ist diese hingegen mit Blick auf die Privilegierung im Wahlrecht, siehe dazu bereits: *Froese* (Fn. 18), S. 453ff.

[57] Zur Definition der Minderheiten und der Parteien der Minderheiten siehe im Einzelnen: *Froese* (Fn. 18), S. 358ff.

[58] *Julie Ringelheim/Oliver de Schutter*, Ethnic monitoring: The Processing of Racial and Ethnic Data in Anti-Discrimination Policies: reconciling the promotion of equality with privacy rights, 2010, S. 135ff. Es stellt sich zudem die praktisch wie rechtlich relevante Frage nach dem Zuschnitt der Vergleichsgruppen, insbesondere danach, wie viele „Bildschichten“ (*Tristan Garcia*, Wir, 2018, S. 98ff.) abgetragen, wie viele Binnendifferenzierungen vorgenommen werden können, um einerseits eine möglichst exakte Grenzziehung vorzunehmen und andererseits nicht bereits durch den Zuschnitt eine Benachteiligung oder Bevorzugung unsichtbar werden zu lassen. Zur Rekonstruktion von Grenzen innerhalb einzelner Kategorien: *Froese* (Fn. 18), S. 219ff.; zur Problematik der Einführung weiterer Zuordnungsmöglichkeiten im Zensus: *Ringelheim/de Schutter*, a.a.O., S. 138.

veranschaulicht.[59] Unter Rückgriff auf die Selbstzuordnung wäre allenfalls eine Erfassung der selbsteingeschätzten Fremdeinschätzung (perceived race) denkbar.[60]

Es gilt zudem zu bedenken, dass die Selbstwahrnehmung und -einschätzung kaum uneingeschränkt toleriert werden wird, sondern eine gewisse Übereinstimmung mit dem Fremdbild, eine gewisse Plausibilität verlangt werden wird. Gesteigerte Relevanz kommt dieser Erwägung zu, wenn Fördermaßnahmen an identitätsbezogene Merkmale geknüpft werden. Das Grundgesetz gestattet sog. positive Maßnahmen zur Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern (Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG) und zugunsten von Menschen mit einer Behinderung (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG). Die Einführung einer Gewährleistungs- und Förderklausel[61] zugunsten von besonders von Diskriminierung Betroffenen würde die Frage nach der Definition des adressierten Personenkreises aufwerfen. Dass sich Zugehörigkeitsfragen ungeachtet einer fortschreitenden Dekonstruktion herkömmlicher Ordnungskategorien stellen, hat *Rogers Brubaker* für das Geschlecht und die *race* anschaulich aufgezeigt: Ein dauerhafter Zustand von Fluidität lasse sich nicht verzeichnen, sondern neue Grenzziehungen würden etabliert und die dekonstruierten Kategorien durch eine Unterscheidung zwischen denjenigen, die „wirklich“ hierzu zählten und denjenigen, denen die entscheidenden Wesensmerkmale fehlten, restabilisiert. In Gestalt derartiger wiederaufkeimenden Grenzziehungen ließen sich essentialistische

[59] *Ringelheim/de Schutter* (Fn. 58), S. 136; *Patrick Simon*, „Ethnic“ Statistics and Data Protection in the Council of Europe Countries: A Study Report, 2007, S. 40.

[60] Dazu: *Supik* (Fn. 40), S. 164; *Ringelheim/de Schutter* (Fn. 58), S. 140; der Begriff „race“ lässt sich nicht mit dem Begriff „Rasse“ übersetzen. Im angloamerikanischen Sprachraum meint der Begriff „race“ verschiedene Dimensionen sozialer Konstruktion und die Selbstzuordnung eines Menschen. So wird im US-Zensus die Zugehörigkeit zu „race“ und „ethnicity“ abgefragt, die Bürger ordnen sich diesen Kategorien aber selbst zu und es besteht seit dem Zensus 2000 die Möglichkeit der Mehrfachnennung (z. B.: „Asian“ und „White“). Die „racial categories“ des Zensus-Fragebogens „generally reflect a social definition of race recognized in this country and not an attempt to define race biologically, anthropologically, or genetically. In addition, it is recognized that the categories of the race item include racial and national origin or sociocultural groups.“, siehe: https://www.census.gov/topics/population/race/about.html, letzter Zugriff: 24.5.2022. Die Diskussion um die unterschiedlichen Begriffsverständnisse ist anlässlich der Veröffentlichung des Essays „How Genetics Is Changing Our Unterstanding of ‚Race'“ des Genetikers *David Reich* am 23.3.2018 in der New York Times (abrufbar unter: https://www.nytimes.com/2018/03/23/opinion/sunday/genetics-race.html, letzter Zugriff: 24.5.2022), aufgekommen (siehe: https://www.sueddeutsche.de/kultur/rassismusdebatte-lost-in-translation-1.3983863, letzter Zugriff: 24.5.2022) und jüngst im Kontext der Black Lives Matter Bewegung von besonderer Relevanz. Zur Bedeutung historischer Erfahrungen hinsichtlich der Verwendungsart des Begriffs in verschiedenen Ländern: *Kischel* (Fn. 5), S. 227, 236.

[61] Zu den diesbezüglichen Gesetzentwürfen und weiteren Vorschlägen: *Tarik Tabbara*, Von der Gleichbehandlung der „Rassen“ zum Verbot rassistischer Diskriminierung, Der Staat 60 (2021), S. 577 (604 ff.); ablehnend gegenüber einer rechtlichen Anknüpfung an die Selbstdefinition bei der Gewährung individueller Rechte (z. B. im Rahmen von Quotenregelungen): *Groß* (Fn. 47), S. 884.

Argumentationsmuster, die gerade bekämpft werden sollen, verzeichnen: Solcher bedienten sich nicht allein Konservative, sondern insbesondere auch Feministinnen, die das Frausein essentialisierten und die Kategorie „Frau“ abschirmten. Essentialistische Sichtweisen betreffend das Geschlecht fokussieren herkömmlicherweise die Geschlechtsorgane einer Person und machen geltend, eine Person mit äußeren männlichen Geschlechtsorganen könne keine Frau im eigentlichen Sinne sein. In diese Richtung gehen auch die Bedenken und Vorbehalte der sog. Trans Exclusionary Radical Feminists (TERFs), die Mann-zu-Frau-Transsexuellen den Zugang zu reinen Frauenbereichen („women only spaces“) insbesondere wegen der Gefahr von sexuellen Übergriffen verwehren wollen.[62] Eine weitere Ausprägung des Essentialisierens im Zusammenhang mit der Transsexualität stellt das Berufen auf das Geborensein als Frau dar: Transsexuelle würden nicht dadurch zur Frau, dass sie Hormone nähmen und ihre Geschlechtsorgane anpassen ließen. Zur Frau könne man nicht „werden“, sondern man werde als solche geboren. Nur wer als Frau geboren werde, habe die sozialen Zuschreibungen und Diskriminierungen als Frau erlebt, verfüge also über eine weibliche Biographie. Diese könnten Männer nicht erwerben, würden also nie zu „echten“ Frauen.[63]

Derartige essentialisierende Ansätze betreffen die Kategorie der *race*/der Ethnie in noch stärkerem Maße: Während in Bezug auf das Geschlecht trotz der geschilderten essentialisierenden Sichtweisen gewisse Wahl- und Wechselmöglichkeiten anerkannt werden, diese jedoch nicht zu einer Diskriminierung, Gefährdung oder Schlechterstellung von „richtigen“ Frauen führen sollen, werden derartige Optionen im Hinblick auf die *race*/Ethnie – nach der Analyse *Brubakers* – kategorisch abgelehnt: Selbst ein Teil derjenigen, die die essentialistische Sichtweise auf das Geschlecht nicht teilen, legte eine solche hinsichtlich von race und Ethnie an; *Race* und Ethnie seien natürlich gegebene Identitätsmerkmale, die Wahl- und Änderungsoptionen nicht zugänglich seien.[64] Man werde nicht durch kulturelle Prägung und durch die bloße Identifizierung mit der „black community“ zu einem Teil dieser. Über *race* und Ethnie entschieden Ahnenforschung und DNA-Material, nicht hingegen das subjektive Zugehörigkeitsempfinden oder die sozio-kulturelle Prägung. Neben dem Berufen auf das Objektive und Gegebene der *race*/Ethnie, werden auch hier Forderungen nach einem Schutz der „wirklichen“ Zugehörigen der Kategorie, also der „echten Schwarzen“ geltend gemacht. Da diese durch verschiedene gesetzgeberische Maßnahmen Privilegierungen erfahren (affirmative actions), um Diskriminie-

---

[62] *Cathy Brennan/Elizabeth Hungerford*, Communication to the UN, 1.8.2011, abrufbar unter https://de.scribd.com/document/72976111/UN-BrennanHungerford-08012011, letzter Zugriff: 24.5.2022.

[63] *Brennan/Hungerford* (Fn. 62), https://de.scribd.com/document/72976111/UN-Brennan Hungerford-08012011, letzter Zugriff: 24.5.2022.

[64] Vgl. die ausführliche Darstellung bei: *Brubaker* (Fn. 19), S. 17 ff.

rungen der Vergangenheit abzubauen und Chancengleichheit zu gewährleisten, besteht die – wie verschiedene Fälle zeigen nicht gänzlich unberechtigte – Befürchtung, dass die Zugehörigkeit zu dieser Kategorie aus taktischen Gründen erwogen werde.[65]

5. Stereotypisierung

Die bisherigen Ausführungen haben Statistiken vornehmlich als das entscheidende Mittel zur Feststellung sog. mittelbarer/struktureller Diskriminierungen in den Blick genommen. Zugleich kann von Statistiken aber auch eine diskriminierende und freiheitsbeschränkende Wirkung ausgehen.[66] Sie sind in diesem Sinne nicht bloßes Mittel zur Feststellung von Diskriminierung, sondern sie können selbst einen Beitrag zur stereotypisierenden Betrachtung des Einzelnen anhand der so konstituierten Gruppenzugehörigkeit bilden. So lehnen insbesondere die deutschen Sinti und Roma – die unter Anlegung eines kulturalisierten Begriffsverständnisses vom Diskriminierungsverbot wegen der Rasse erfasst wären – eine statistische Erfassung der Zugehörigkeit kategorisch ab.[67]

Die Effekte einer Stereotypisierung lassen sich auch im Bereich der Hochschulzulassungspolitik an US-amerikanischen Universitäten, die zur Gewährleistung eines „diverse student body" die Kriterien der Ethnizität und der *race* einbezieht, beobachten. Während es für Angehörige der berücksichtigten Minderheiten (Afro-Americans) vorteilhaft ist, sich auf die Gruppenidentität zu berufen, tritt bei den Asian-Americans ein gegenteiliger Effekt ein: Asian-Americans versuchen zunehmend, die Gruppenidentität hinter individuelle Fähigkeiten und Eigenschaften, die sie vom Stereotyp des Asian-American abheben, zurücktreten zu lassen.[68]

---

[65] Siehe dazu den Überblick bei: *Brubaker* (Fn. 19), S. 60 f.

[66] *Gabriele Britz*, Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, 2008, passim; problematisch ist bereits die Auswahl der statistischen Zusammenhänge, die als relevant gelten sollen: Wie werden die Gruppen gebildet, wo die Grenzen gezogen?

[67] Diese Ablehnung bezieht sich nicht allein auf Polizeistatistiken, die die Zugehörigkeit von Tatverdächtigen (auf der Basis behördlicher Einschätzungen) erfassen (wie dies in der Kriminalstatistik der Berliner Polizei 2017 erfolgt war, siehe dazu: https://www.sueddeutsche.de/panorama/diskriminierung-racial-profiling-antiziganismus-polizei-roma-sinti-1.4889941, letzter Zugriff: 24.5.2022) und Stereotype verfestigen, sondern ganz generell auf staatliche Erhebungen, siehe die Pressemitteilung des Zentralrats Deutscher Sinti & Roma v. 27.6.2018, https://www.sinti-roma-berlin.de/files/media/pdf/2018-06-27-afd-Sachsen.pdf, letzter Zugriff: 24.5.2022.

[68] https://www.sueddeutsche.de/bildung/diskriminierung-an-us-hochschulen-asiatische-amerikaner-scheitern-an-der-bambus-decke-1.2777321, letzter Zugriff: 24.5.2022. Zum sog. Asian American Paradox: *Jennifer Lee/Min Zhou*, The Asian American Achievement Paradox, 2015. Die Autorinnen zeigen insbesondere auch die negativen Folgen positiver Stereotypisierung auf und thematisieren den sog. „bamboo ceiling", der in Anlehnung an die gläserne Decke bei Frauen in vielen Fällen den Aufstieg in höhere Positionen vereitelt – *dies.*, a. a. O.,

V. Schlussbemerkungen

Damit komme ich zum Schluss und will meine Ausführungen mit einem knappen Résumé beschließen: Die anvisierte Änderung des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots „wegen" der „Rasse" lässt sich m. E. in einen größeren Kontext gegenwärtiger Entwicklungen stellen. Das in der Sache wichtige Anliegen, die verschiedenen Erscheinungsformen eines Rassismus sichtbar zu machen und einzudämmen, stößt auf die aufgezeigten Schwierigkeiten seiner Erfassbarkeit. Dass sich die Rechtswissenschaft mit diesem Befund nicht begnügen kann und darf, liegt auf der Hand. Geeignete und förderliche Reaktionsmechanismen dürften indes eher nicht aus dem Verfassungsrecht zu deduzieren sein, sondern einerseits in passgenaueren einfachrechtlichen Ausgestaltungen (wie sie insbesondere das AGG mit der Beweiserleichterung in seinem § 22 vorsieht) und andererseits jenseits klassischer juristischer Instrumente liegen. Es sind womöglich eher weichere Mechanismen, die den Abbau mitunter vorhandener Ressentiments und benachteiligender Strukturen in Staat und Gesellschaft vorantreiben werden: Genannt seien etwa die Schulung und Fortbildung von Behördenmitarbeitern und die Einrichtung von Ombudspersonen,[69] die hierbei einen wichtigen Beitrag leisten können und die nicht selbst zwischen verschiedenen Gruppen von Merkmalsträgern differenzieren. Diese bedürfen erfreulicherweise nicht der Zu- und Festschreibungen, zu denen das Recht tendiert.[70] Dass die gegenwärtige Debatte sich auf das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot „wegen" der „Rasse" konzentriert, kann denn auch als Ausdruck dessen gedeutet werden, dass gesellschaftlich vorhandene Missstände zunächst überhaupt zur Sprache und juristisch auf den Begriff gebracht werden sollen, um Veränderungen anzustoßen.[71]

S. 131 ff. Sie weisen zudem zutreffenderweise auf die Heterogenität der Gruppe der Asian Americans hin.

[69] Hierfür auch: *Grünberger/Mangold/Markard/Payandeh/Towfigh* (Fn. 43), S. 1803.

[70] Insofern ließen sich auch für diesen Bereich Überlegungen gegen eine Juridifizierung fruchtbar machen; siehe dazu im Einzelnen die Beiträge in: Augsberg/Augsberg/Heidbrink (Hrsg.), Recht auf Nicht-Recht, 2021.

[71] Auf verfassungsrechtlicher Ebene wäre insbesondere der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) ein denkbarer alternativer Standort für die geführten Debatten. Da mittelbare Ungleichbehandlungen hiervon erfasst werden und die Anforderungen an die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung bei einer Nähe zu den Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 GG strenger sind, dürfte es im Ergebnis kaum zu relevanten Unterschieden gegenüber einer Verortung in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG kommen.

Begriffliche Reichweite des Merkmals „Rasse“

Die Streichung des Begriffs „Rasse"

Ersetzt der sozialwissenschaftliche Rassismusbegriff den normativen Rassebegriff?

Uwe Kischel

Die Diskussion um Rassismus und Grundgesetz[1] leidet an einer begrifflichen Unklarheit, einem scheinbaren Unwillen und einer Scheu, die Dinge beim Namen zu nennen, die leicht zu Missverständnissen oder gar Manipulationen führen kann. Mit der heute vielfach beklagten Moralisierung und damit Beschneidung offener politischer Diskussionen hat das allerdings erst einmal wenig zu tun. Denn eine Bevorzugung oder Benachteiligung aufgrund der Rasse, wie sie Art. 3 Abs. 3 GG untersagt, ist tatsächlich nicht nur rechtlich, sondern auch moralisch völlig unerträglich und in diesem Sinne schlicht böse. Dass diese selbst im Kontext der Grundwerte des Grundgesetzes gänzlich außergewöhnliche moralische Aufladung sich aber auf einen engen Kreis von Verhaltensweisen bezieht, die in Deutschland ohnehin gesellschaftlich geächtet sind und in der Realität nur sehr selten vorkommen, kann und darf nicht Anlass für den Versuch sein, ihren Anwendungsbereich auf andere Sachverhalte auszudehnen, deren moralische Verwerflichkeit keineswegs Allgemeingut und vielfach sogar klar zu verneinen ist.

I. Grundlegung: Das Verbot der Ungleichbehandlung aufgrund der Rasse

Worüber sprechen wir also bei Art. 3 Abs. 3 GG, dem zufolge niemand wegen seiner Rasse benachteiligt oder bevorzugt werden darf? Der für das Verständnis zentrale Begriff der Rasse umschreibt nach fast einhelliger, seit Jahrzehnten verfestigter Meinung jede Gruppe von Menschen mit tatsächlich oder auch nur vermeintlich vererbbaren Merkmalen.[2] Die Vorschrift ist eine Reaktion auf das

[1] Dazu umfassend *Uwe Kischel*, Rasse, Rassismus und Grundgesetz, AöR 145 (2020), S. 227 ff. m. w. N.; aus der vielschichtigen Diskussion werden hier nur bestimmte Aspekte herausgegriffen.

[2] Für die ganz h. M. vgl. *Sigrid Boysen*, in: Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 175; *Marion Eckertz-Höfer*, in: Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein (Hrsg.), AK-GG, 3. Aufl. 2001, Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 115; *Joachim Englisch*, in: Stern/Becker

Unrecht des Nationalsozialismus,[3] ein lauter Schrei des „Nie wieder". Ein solcher Schrei aber kann nur wirksam sein, wenn klar ist, worauf er sich bezieht. Das ist hier der Begriff der Rasse, und zwar so wie er von denen verstanden wird und wurde, deren Auffassungen bekämpft werden. Deshalb ist es zentral, dass die Rasse im Sinne des Grundgesetzes gerade auch abgelehnte Rassenbegriffe erfasst.[4] Besonders deutlich wird dies am Beispiel der im Nationalsozialismus verfolgten Juden. Da es bei Juden im Kern um eine schlichte Religionszugehörigkeit geht, ist rational nur schwer zu erfassen, wo hier die vererbbaren Merkmale liegen sollen. Dennoch gingen die Nationalsozialisten von einer Weitergabe von Generation zu Generation aus,[5] so dass gerade auch Juden von Art. 3 Abs. 3 S. 1 geschützt sind. Das Grundgesetz verbietet daher jede unterschiedliche Behandlung aufgrund einer so verstandenen Rasse. Rechtfertigungsmöglichkeiten, die auch bei Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG nie gänzlich ausgeschlossen sind,[6] kommen hier kaum in Betracht.

(Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2. Aufl. 2016, Art. 3 Rn. 79; *Hans D. Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), GG, 15. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 140; *Uwe Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 42. Ed., Stand: 1.12.2019, Art. 3 Rn. 223; *Christine Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 74. EL 2015, Art. 3 Abs. 3 Rn. 45; *Angelika Nußberger*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 8. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 293; *Michael Sachs*, Besondere Gleichheitsgarantien, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 8, 3. Aufl. 2010, § 182 Rn. 44; *Helge Sodan*, in: ders., GG, 2. Aufl. 2011, Art. 3 Rn. 28; *Klaus Stern*, Staatsrecht der Bundesrepublik, Bd. IV/2, 2011, 1730; *Werner Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 129; auch noch *Lerke Osterloh/Angelika Nußberger*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 293; i.E. auch noch *Christian Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Rn. 387; letztlich ebenso durch den auch bei anderen Autoren verbreiteten Hinweis, dass Rasse im Zweifel im Sinne der nationalsozialistischen Rassenlehre zu deuten sei *Wolfgang Rüfner*, in: Dolzer/Vogel/Graßhof/Kahl/Waldhoff (Hrsg.), BK-GG, 201. EL, Nov. 2019, Art. 3 Rn. 830; a. A. *Susanne Baer/Nora Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 470 ff.; *Thorsten Kingreen*, in: Dolzer/Vogel/Graßhof/Kahl/Waldhoff (Hrsg.), BK-GG, 202. EL, Feb. 2020, Art. 3 Rn. 517; auch in der Naturwissenschaft ist die Vererblichkeit als Grundgedanke Ausgangspunkt aller weiteren Überlegungen, vgl. *Michael Yudell/Dorothy Roberts/Rob DeSalle/Sarah Tishkoff*, Raking Race out of Human Genetics, Science 351 (2016), S. 564 (564).

[3] Vgl. etwa *Günter Dürig*, in: ders./Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 32. EL, Art. 3 Abs. 3 Rn. 1; *Boysen* (Fn. 2), Art. 3 Rn. 175; *Eckertz-Höfer* (Fn. 2), Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 116; vgl. auch die Bezugnahme auf die „Erfahrungen der Hitlerzeit" für den Gleichheitssatz insgesamt in den Anregungen des Berichterstatters *Ludwig Bergsträsser*, abgedruckt in: Pikart/Werner (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. 5, 1993, S. 16.

[4] Vgl. etwa die ausdrückliche Einbeziehung der nationalsozialistischen Rassenideologie bei *Rüfner* (Fn. 2), Art. 3 Rn. 830; *Heun* (Fn. 2), Art. 3 Rn. 129.

[5] Für ein Beispiel, welche gewundenen, aber letztlich kaum nachvollziehbaren Wege gegangen werden können, um die jüdische Religion zu einer Rasse zu machen, vgl. die im Vichy-Regime verwendeten Definitionen bei *Danièle Lochak*, La race: une catégorie juridique, Mots no. 33, décembre 1992, „Sans distinction de race", S. 297; vgl. auch *Christian Hartmann et al.* (Hrsg.), Hitler, Mein Kampf – Eine kritische Edition, Bd. 1, 2016, S. 427, 793, 795, 799; allerdings gab es auch jüdische Stimmen, die das Judentum nicht als Religionsgemeinschaft, sondern als Rasse sahen, vgl. dazu die Anmerkung der Herausgeber ibid., S. 800 Fn. 129 m. w. N.

[6] Dazu *Kischel* (Fn. 2), Art. 3 Rn. 214 ff. m. w. N.

Die klassischen Beispiele für Rassen im Sinne des Grundgesetzes, namentlich Schwarze, Zigeuner und Juden,[7] ergeben sich klar aus der nationalsozialistischen Geschichte. Auch Asiaten und Weiße fallen unter die Norm. Eine verbotene Ungleichbehandlung aufgrund der Rasse liegt also beispielsweise vor, wenn eine schwarze Dentalhygienikerin abgelehnt wird, schlicht weil sie schwarz ist;[8] wenn ein früherer Wirtschaftsminister und Vizekanzler, der als vietnamesischer Säugling von deutschen Eltern adoptiert und in Norddeutschland aufgezogen wurde, wegen seiner asiatischen Herkunft für ungeeignet gehalten wird; oder wenn eine Stellenausschreibung Weiße von vornherein ausschließt.

II. Inadäquat und gefährlich: Naturwissenschaftliche Bezüge

Ein Argument gegen die Verwendung des Begriffs der Rasse im Grundgesetz erweist sich bei näherer Betrachtung als nicht nur unpassend, sondern sogar als regelrecht gefährlich: Die Bezugnahme auf die Naturwissenschaften. Kurz gesagt geht es um die Behauptung, dass die Naturwissenschaften eindeutig nachgewiesen hätten, dass es so etwas wie Rasse nicht gebe.[9] Daraus wird gefolgert, dass etwas naturwissenschaftlich Unhaltbares auch nicht in der Verfassung genannt werden dürfe.[10] Völlig zu Recht befassen sich sehr viele Stimmen in der Rechtswissenschaft gar nicht erst mit dieser Frage oder lassen sie offen.[11] Einige

[7] Vgl. etwa die Liste bei *Englisch* (Fn. 2), Art. 3 Rn. 79; ähnliche Auflistung bei *Heun* (Fn. 2), Art. 3 Rn. 129; *Eckertz-Höfer* (Fn. 2), Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 115; *Langenfeld* (Fn. 2), Art. 3 Abs. 3 Rn. 45.

[8] Beispiel nach *Ursula Kals/Uwe Marx*, Und wo kommen Sie her?, FAZ v. 16.10.2021, S. C1, aktualisiert am 19.10.2021.

[9] Vgl. aus den Sozialwissenschaften statt aller *Magali Bessone*, Sans distinction de race? – Une analyse critique du concept de race et de ses effet pratiques, 2013, S. 57 f.; *Christian Geulen*, Geschichte des Rassismus, 2. Aufl. 2014, S. 107; *Karin Priester*, Rassismus – Eine Sozialgeschichte, 2003, S. 6; in diese Richtung auch *W. Carson Byrd/Matthew W. Hughey*, Biological Determinism and Racial Essentialism – The Ideological Double Helix of Racial Inequality, The Annals of the American Academy of Political and Social Science 661 (2015), S. 8 (10) m. w. N. („race is – a social invention with no biological validity“); dagegen aber *Alain de Benoist*, What is Racism, Telos – Critical Theory of the Contemporary, 114 (1999), S. 11 (35 ff.); aus der Rechtswissenschaft *Baer/Markard* (Fn. 2), Art. 3 Rn. 472; *Hendrik Cremer*, „… und welcher Rasse gehören Sie an?“ – Zur Problematik des Begriffs „Rasse“ in der Gesetzgebung, Policy Paper No. 10, 2. Aufl. 2009, S. 6.

[10] Besonders deutlich in der französischen Diskussion *Ferdinand Mélin-Soucramanien*, Supprimer le mot „race“ de la Constitution: oui, mais…, Liberation v. 10.7.2018; *Francois Borella*, Le mot race dans les Constitutions françaises et étrangères, in: Herszberg/Israel (Hrsg.), „Sans distinction de … race“ Mots, n°33, 1992, S. 305 (313).

[11] Nicht angesprochen etwa in *Nußberger* (Fn. 2), Art. 3 Rn. 293; *Sachs* (Fn. 2), § 182 Rn. 44; *Boysen* (Fn. 2), Art. 3 Rn. 175; *Englisch* (Fn. 2), Art. 3 Rn. 79; offengelassen etwa bei *Heun* (Fn. 2), Art. 3 Rn. 129; *Eckertz-Höfer* (Fn. 2), Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 115; *Rüfner* (Fn. 2), Art. 3 Rn. 830.

wenige, radikalere Stimmen fordern jedoch nachdrücklich, dass auch die Staatsrechtslehre sich stets und ausdrücklich in diese Richtung positionieren müsse.[12]

Der Glaube an eindeutige Erkenntnisse der Naturwissenschaften mutet allerdings schon deshalb fragwürdig an, weil naturwissenschaftliche Erkenntnis bekanntermaßen niemals abgeschlossen ist und sich in Zukunft stets wieder verändern kann.[13] Aber auch schon die gegenwärtige naturwissenschaftliche Haltung zum Thema Rasse weist bei näherer Betrachtung in keiner Weise die von Sozialwissenschaftlern gelegentlich behauptete Eindeutigkeit auf.[14] Dass etwa das äußerst renommierte New England Journal of Medicine ab dem 1. Januar 2022 für alle Veröffentlichungen offiziell nähere Angaben zur Zusammensetzung der jeweils untersuchten Gruppe gerade auch im Hinblick auf Rasse verlangt,[15] ist mit einer Nichtexistenz von Rasse im naturwissenschaftlichen Sinne schlicht unvereinbar. Auch informierte Sozialwissenschaftler haben die vielschichtige und disparate naturwissenschaftliche Lage gelegentlich erkannt und fassen sie etwa in dem Satz zusammen: „Today, scientists continue to draw wildly different conclusions on the utulity of race."[16] Immer wieder einmal wird auch darauf hingewiesen, dass die Hoffnung, Rasse werde als biologische Kategorie verschwinden, vor der Jahrtausendwende vielfach mit Hinblick auf die damals bevorstehende Fertigstellung des Humangenomprojekts gehegt wurde. Mit dessen Fertigstellung Anfang der 2000 Jahre hätten sich diese Hoffnungen aber zerschlagen.[17]

---

[12] *Baer/Markard* (Fn. 2), Art. 3 Rn. 472, die sich insofern allerdings nur auf das politische UNESCO Statement on Race v. 18.7.1950, http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001282/128291eo.pdf, letzter Zugriff: 24.5.2022, beziehen. Dieses Statement geht jedoch in großer Deutlichkeit davon aus, dass in rein biologischer und genetischer Sicht menschliche Rassen existieren, dass aber der Begriff der Rasse von den meisten Menschen nicht im biologischen Sinn, sondern willkürlich verwendet werde, ibid., Punkt 2 ff., 7, 5: „The biological fact of race and the myth of ‚race' should be distinguished.", ibid., Punkt 14; worum es dem Statement eigentlich geht, ist die Feststellung, dass solche Klassifikationen keinerlei wissenschaftlichen Bezug zu geistigen Charakteristika und kulturellen Errungenschaften aufweisen, ibid., Punkt 9 ff.; deutlich gegen die Notwendigkeit einer externen Stellungnahme auch *Pierre-André Taguieff*, „Race": un mot de trop? – Science, politique et morale, 2018, S. 254 („La suspension provisoire du jugement […] nous permet d'échapper au champ des dogmatismes contraires qui s'affrontent en se diabolisant mutuellement").

[13] Vgl. etwa *de Benoist* (Fn. 9), S. 11 (42).

[14] Dazu auch *Kischel* (Fn. 1), S. 243 ff. m. w. N.; vgl. auch weiter infra D.I.4.

[15] Vgl. *Eric Rubin et al.* (Hrsg.), Striving for Diversity in Research Studies, The New England Journal of Medicine 385 (2021), S. 1429 (1430).

[16] *Yudell/Roberts/DeSalle/Tishkoff* (Fn. 2), S. 564; sehr kurze Darstellung des Streits etwa auch bei *Lundy Braun/Evelynn Hammonds*, Race, Populations, and Genomics – Africa as a Laboratory, Social Science & Medicine 67 (2008), S. 1580 (1581 f.).

[17] *Peter A. Chow-White/Sandy E. Jr. Green*, Data Mining Difference in the Age of Big Data: Communication and The Social Shaping of Genome Technologies from 1998 to 2007, International Journal of Communication 7 (2013), S. 556 (563); die an dieser Stelle zu findende Gleichsetzung einer Ablehnung biologischer Rassenkonzepte mit dem UNESCO Statement on Race von 1950 ist allerdings fehlerhaft, vgl. supra Fn. 12; zu den Änderungen im naturwissenschaftlichen Erkenntnisstand der letzten 20 Jahre auch *Taguieff* (Fn. 12), S. 140, 245; deut-

Entscheidend ist aber, dass es auf all dies letztlich nicht ankommt und nicht ankommen darf. Denn keinesfalls würde das Verbot der Ungleichbehandlung aufgrund der Rasse in irgendeiner Form entwertet oder gar in Frage gestellt, wenn die Existenz von Rassen naturwissenschaftlich als gesichert angesehen werden könnte. Mit anderen Worten ist es aus juristischer und vor allem auch moralischer Sicht vollkommen irrelevant, ob es Rassen im naturwissenschaftlichen Sinne gibt, und was das überhaupt bedeuten soll.[18] Auch wenn es Rassen im naturwissenschaftlichen Sinne nachweislich gäbe, änderte dies nichts an der Unerträglichkeit von Diskriminierung aufgrund der Rasse und nichts an dem entsprechenden verfassungsrechtlichen Verbot. Warum dieses Thema bei manchen überhaupt für so viel Aufregung sorgt, ist jedenfalls aus juristischer Sicht nur schwer verständlich. Denn auch beim Geschlecht gibt es völlig unzweifelhaft genetische Unterschiede zwischen Mann und Frau, die aber für das Verbot der Bevorzugung oder Benachteiligung aufgrund des Geschlechts im Sinne des Grundgesetzes irrelevant sind.

Hier zeigt sich erneut, warum es so wichtig ist, dass die juristische Definition der Rasse die nur vermeintliche Vererbbarkeit ausreichen lässt. Denn nur auf diese Weise ist sichergestellt, dass ein Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse auch dann Bestand hat, wenn es diese Rasse oder Rassen insgesamt in Wahrheit gar nicht gibt.

III. Sprachmagie

Der Kampf gegen den Begriff der Rasse beruht, wie schon der französische Philosoph *Pierre-André Taguieff* deutlich hervorgehoben hat, auf einem Restbestand magischen Denkens, bei dem Worten die Macht zugesprochen wird, die Kräfte des Guten oder Bösen in sich zu tragen und weiterzugeben – eine seltsam

lich und allgemeinverständlich der Harvard Genetiker *David Reich*, How Genetics is Changing Our Understanding of „Race“, New York Times v. 23.3.2018 („Groundbreaking advances in DNA sequencing technology have been made over the last two decades. […] With the help of these tools, we are learning that while race may be a social construct, differences in genetic ancestry that happen to correlate to many of today's racial constructs are real.“); in den Sozialwissenschaften wird dieser Sachverhalt gelegentlich zur Kenntnis genommen, vgl. etwa *Tino Plümecke*, Rasse in der Ära der Genetik, 2013, S. 13 ff., widerstrebend *Robert Miles/Malcolm Brown*, Racism, 2. Aufl. 2003, S. 45 f. Vgl. etwa auch die Mitte 2021 veröffentlichte, vielbeachtete Studie, derzufolge KI Anwendungen leicht darauf trainiert werden können, allein aus medizinischen Röntgenaufnahmen verschiedenster Art und verschiedenster Körperteile die Rasse eines Menschen (weiß, schwarz, asiatisch) mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit zu bestimmen, obwohl menschliche Experten dies weder kopieren noch nachvollziehen können vgl. *Imon Banerjee et al.*: Reading Race: AI Recognizes Patient's Racial Identity in Medical Images, https://arxiv.org/abs/2107.10356, letzter Zugriff: 24.5.2022.

[18] Vgl. etwa auch *Taguieff* (Fn. 12), S. 249, 252; vgl. auch die Ausführungen von *Taguieff*, in: Devecchio/Taguieff (1/2): „Supprimer le mot ‚race‘ de la Constitution serait contre-productif“, Le Figaro v. 12.10.2018.

atavistische Denkweise, die Taguieff zu Recht als ebenso naiv wie unreflektiert bezeichnet.[19] Manche betonen, dass diese Sichtweise ein Ergebnis der konstruktivistischen Erkenntnistheorie sei:

„Bösen Worten verschafft dieser Kreationismus eine geradezu metaphysische Aufladung: Die Aura des Dämonischen. Als würden Krankheit, Behinderung, Zurückgebliebenheit, geistige Unterlegenheit durch die Worte, die sie benennen, allererst hervorgebracht. Deshalb darf man sie nicht aussprechen."[20]

Es handelt sich um ein seltsam irrationales Denken, dass zu unterstellen scheint, dass das Problem verschwände, wenn man es nur anders oder gar nicht mehr benennte. Der lange Weg etwa von der Bezeichnung Neger zum Schwarzen zur Person of Color und zurück zum Schwarzen (jetzt mit großem „S"),[21] der für sich genommen zwar ideologisch bedeutsam sein mag, an realen Diskriminierungen aber nicht das Geringste geändert haben dürfte, zeigt dies beispielhaft auf.

Aus staatsrechtlicher Sicht kommt hinzu, dass die Orwell'sche Idee, der Staat könne oder müsse die Sprache und auf diesem Wege das Denken der Menschen beeinflussen, totalitäre Züge trägt und einer freiheitlichen Demokratie unwürdig ist. Zudem ist es im Recht allgemein notwendig, das zu Regulierende auch klar zu benennen, unabhängig davon wie inakzeptabel oder abstoßend es auch sein mag.

Schließlich ist der Begriff der Rasse auf den ersten Blick erkennbarer Wortstamm des Begriffs Rassismus. Jede Beibehaltung des Begriffs Rassismus perpetuiert also unweigerlich auch den damit sprachlich untrennbar verbundenen Begriff der Rasse.

IV. Rasse und Rassismus in sozialwissenschaftlicher Deutung

Dem Anliegen der Antirassismusbewegung und der ihr zuzurechnenden Befürworter einer Streichung von Rasse aus dem Grundgesetz werden diese und zahlreiche weitere Argumente[22] allerdings nicht gerecht. Denn ihnen geht es darum, sowohl den Begriff der Rasse als auch den des Rassismus vollständig umzudefinieren, so dass er mit dem allgemeinsprachlichen Begriffsverständnis,[23] das sich in der juristischen Definition niederschlägt, so gut wie nichts mehr zu tun hat.

---

[19] Vgl. *Taguieff* (Fn. 12), S. 25, 241; deutlich auch das Interview bei *Devecchio* (Fn. 18); ähnlich *Benoist* (Fn. 9), S. 11 (33).

[20] *Christoph Türcke*, Der Fluch der bösen Wörter, FAZ v. 17.6.2021, S. 13.

[21] Vgl. zur Person of Color und zum Schwarzen etwa *Tigran Petrosyan*, Schwarz ist keine Farbe, in: TAZ v. 21.8.2021, https://taz.de/Antirassistische-Sprache/!5702930/, letzter Zugriff: 24.5.2022.

[22] Zu weiteren Argumenten insbes. aus der französischen Diskussion *Kischel* (Fn. 1), S. 238 ff.

[23] Dass der alltägliche Sprachgebrauch von einem „biologistischen" Begriff ausgeht, räumt

1. Rasse als rein soziales Konstrukt

Die Umdefinition trifft zunächst den Begriff der Rasse, der nicht mehr „biologistisch“, also im Hinblick auf die Vererblichkeit, sondern als rein soziales Konstrukt verstanden werden soll.

a) Abwendung vom herkömmlichen, normativen Rassebegriff

Eine Umdefinition des Rassebegriffs weg von seiner herkömmlichen, biologischen Deutung verstieße aber schon gegen die allgemeinsprachliche Wortbedeutung, die ebenfalls biologisch konnotiert ist, wie z. B. ein Blick auf Hunde- oder Pferderassen zeigt. Die herkömmliche Auslegung entspricht zugleich dem historischen Sinn des Art. 3 Abs. 1 S. 3 GG. Denn auch im Nationalsozialismus ging es um die (vermeintliche) Vererbbarkeit, wie sich bereits in Begriffen wie „Rassenschande“ oder „Reinheit der Rassen“ zeigt.[24] Hinzu kommt, dass diese Begrifflichkeit die spezifische Schutzfunktion der Rasse innerhalb des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG widerspiegelt. Denn Rasse ist perfider als alle anderen dort genannten Unterscheidungsmerkmale. Zwar sind auch Merkmale wie Geschlecht oder Herkunft geburtsbedingt, doch kommt es bei ihnen nicht notwendig zu einer Weitergabe an die nächste Generation. Wie *Günter Dürig* in der für ihn typischen Klarheit feststellte, ist hingegen Rasse gerade nicht nur Zufall, sondern unentrinnbares Schicksal. Weder sozialer Wandel noch Anpassung oder Assimilation können irgendetwas daran ändern oder eine Weitergabe an Abkömmlinge verhindern.[25]

b) Keine reale Existenz von Rasse und Hautfarbe

Positiv soll Rasse zu einem rein sozialen Konstrukt erklärt werden.[26] Rasse existiert also nicht, ist nichts, worauf reagiert werden könnte, sondern ist als solche rein gesellschaftlich konstruiert. Dass Rasse also nicht real ist, erscheint auf den ersten Blick geradezu kontrafaktisch, denn schließlich gibt es für jedermann sofort erkennbar beispielsweise Personen mit schwarzer oder weißer Hautfarbe. Eine solche Argumentation würde aber verkennen, wie weit sich die

---

etwa auch *Hendrik Cremer*, Das Verbot rassistischer Diskriminierung – Vorschlag für eine Änderung von Artikel 3 Absatz 3 Satz 1 Grundgesetz, 2020, S. 28, 24 ein.

[24] Vgl. auch den Vortrag des Hauptanklägers für die französische Republik vor dem Nürnberger Kriegsverbrechertribunal, *Francois de Menthon*, in: Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher, Amtlicher Text in deutscher Sprache, Bd. V, S. 422: Der Nationalsozialismus behauptet, „dass das moralische Bewusstsein das Ergebnis orthogenetischer Entwicklung ist“, daher sei es „der Vererbung unterworfen und als Folge davon der Forderung und den Geboten der Rasse.“

[25] Vgl. *Dürig* (Fn. 3), Art. 3 Abs. 3 Rn. 59.

[26] Vgl. etwa auch *Cengiz Barskanmaz*, Rasse – Unwort des Antidiskriminierungsrechts?, KJ 44 (2011), S. 382 (387); *Bessone* (Fn. 9), S. 83 ff.

Antirassismusbewegung vom allgemeinen Sprachgebrauch abgesetzt hat. Denn wie ein Autor unmissverständlich feststellt: „Hautfarbe – wie Rasse – existiert nicht.“[27] Auch die Bezeichnung Schwarz (mit großem „S“) bezieht sich gar nicht mehr auf die Hautfarbe, sondern steht für eine Verbundenheit durch ähnliche Rassismuserfahrungen.[28] Als weiß gilt entsprechend, wer zur privilegierten Mehrheit gehört, Macht ausübt und normgebend wirkt.[29] Auch eine weiße Deutsche, die zum Islam konvertiert und Kopftuch trägt, wird so zu einer unterdrückten Nichtweißen.[30]

c) Rasse als Konstruktion durch Gruppenbildung

Dieser Begriffsbildung geht es darum, dass mit dem Begriff der Rasse soziale Bedeutung nur konstruiert werde, weil aus den zahllosen Eigenschaften der Menschen nur bestimmte für die Gruppenbildung herangezogen würden und es sich daher keinesfalls um eine naturgegebene Unterteilung handele. Dass also etwa die dunkle Hautfarbe, aber nicht die ebenso vererbbaren angewachsenen Ohrläppchen als bedeutend angesehen würden, zeige, dass die Unterteilung in Rassen keine natürliche Basis habe.[31] Das ist zugleich richtig und falsch. Richtig ist, dass aus der großen Vielzahl von Merkmalen für die jeweilige Gruppenbildung nur bestimmte herangezogen werden. Naturgegeben sind zwar diese Merkmale als solche, nicht aber dass auf gerade ihrer Basis eine Einteilung vorgenommen wird. Dieses Phänomen tritt jedoch typischerweise bei jeder, selbst naturwissenschaftlichen Gruppenbildung auf. Zahllose Einteilungsbegriffe beruhen auf gewissen objektiven Fakten, ohne dass die Auswahl dieser Fakten zwingend oder gar naturgegeben wäre. Auf einer keineswegs zwingenden Auswahlentscheidung beruht beispielsweise der Begriff des Mittelalters in der Geschichte ebenso wie der der Romantik in der Kunst, der der Schwermetalle in der Chemie oder der der Planeten in der Astronomie. Die vielbeachtete Herabstufung des Pluto vom Planeten zum Zwergplaneten durch schlichte Umdefinition des Planetenbegriffs hat dies anschaulich aufgezeigt.

Mit der Kritik der reinen sozial bedingten Gruppeneinteilung einher geht das verbreitete Argument, dass zwischen den als Rasse bezeichneten Gruppen genetisch gesehen erheblich mehr Gemeinsamkeiten als Unterschiede bestünden, entsprechend innerhalb der Gruppen mehr Unterschiede als Gemeinsamkeiten.[32] Wie kundige Fachleute vermerkt haben, handelt es sich dabei aber um

---

[27] *Barskanmaz* (Fn. 26), S. 386; vgl. auch *Charles W. Mills*, The Racial Contract, 1997, S. 127, „Whiteness is not really a color at all, but a set of power relations.“

[28] Vgl. *Petrosyan* (Fn. 21).

[29] Vgl. ibid.

[30] Vgl. *Constantin Wagner*, Öffentliche Institutionen als weisse Räume?, 2017, S. 92.

[31] Vgl. dazu etwa *Geulen* (Fn. 9), S. 13; *Miles/Brown* (Fn. 17), S. 88 ff.

[32] In diese Richtung etwa *Veronika Lipphardt*, Wie wird menschliche Vielfalt und genetische Variation erfasst?, in: Foroutan et al. (Hrsg.): Das Phantom „Rasse“, 2018, S. 85 (87 f.).

nichts anderes, als ein verbreitetes statistisches Phänomen. Bei der Bildung einer Gruppe im Hinblick auf bestimmte Merkmale sind die Unterschiede innerhalb dieser Gruppe in Bezug auf andere Merkmale oft ausgeprägter als im Verhältnis zu Nichtmitgliedern der Gruppe. Auch Frauen und Männer unterscheiden sich zwar nach dem Geschlecht, doch sind beispielsweise die Einkommensunterschiede unter Männern ebenso wie unter Frauen jeweils erheblich größer als die zwischen Männern und Frauen.[33]

d) Rasse als Zuschreibung von Eigenschaften

Die Deutung von Rasse als rein soziales Konstrukt scheint aber letztlich vor allem auch auf dem Argument zu beruhen, dass die Zuordnung zu einer Rasse stets bestimmte kulturelle Charakteristika zuschreibe, mit diesem Begriff also bestimmte Personengruppen als „die anderen" definiert würden. Rasse diene so der Initiierung von Ausgrenzungspraktiken.[34] Sie sei das Ergebnis von Rassifizierungen in einem rassistischen Kontext. Es gehe um die Zuordnung anhand von Eigenschaften zu hierarchisch geordneten Gruppen mit dem Ergebnis einer rassifizierten Machtdifferenz.[35] In dieser Sichtweise dient der soziologische Begriff der Rasse dazu, diese Prozesse zu beschreiben.

Hier liegt möglicherweise ein zentraler Ansatzpunkt für ein besseres Verständnis der Meinungsverschiedenheiten zwischen der Antirassismusbewegung und der breiten Mehrheit in Bevölkerung wie Rechtswissenschaft. Verdeutlicht am Beispiel von Schwarzen und Weißen versteht die Mehrheit unter schwarz und weiß, und damit unter Rasse, nichts anderes als eine Beschreibung rein äußerlicher anatomischer Merkmale, allen voran der Hautfarbe: nicht mehr und nicht weniger. Schwarze unterscheiden sich also von Weißen durch ihre Hautfarbe – und das ist dann auch schon alles. Weitere Eigenschaftszuschreibungen, die in diesem Zusammenhang auftauchen können – Fröhlichkeit, Aufdringlichkeit, Arroganz, Tanztalent, Drogenhändler – wären eindeutig Fragen der Kultur, innerhalb derer die jeweilige Person aufgewachsen ist, oder der persönlichen Lebensgeschichte, in jedem Fall aber nicht genetisch vererblich und damit nicht mit der Hautfarbe als solcher verbunden, haben also mit der Rasse nichts zu tun. Wer mit der Mehrheitsgesellschaft in dieser Weise denkt, für den ist die Behauptung schlicht unverständlich, dass der Begriff der Rasse der Initi-

---

[33] Vgl. *Heike Diefenbach*, Konstruierte Gruppenidentitäten als Grundlage identitätspolitischen Gedankenguts – Eine Replik aus statistisch-empirischer Sicht, in: Kostner (Hrsg.), Identitätslinke Läuterungsagenda, 2019, S. 125 (129).

[34] Vgl. etwa *Birgit Rommelspacher*, Was ist eigentlich Rassismus?, in: Mecheril/Melter (Hrsg.), Rassismuskritik, Bd. 1, 2009, S. 25 (25); *Miles/Brown* (Fn. 17), S. 90 ff., 112 f.; *Wulf D. Hund*, Rassismus, 2007, S. 123.

[35] Vgl. *Cengiz Barskanmaz*, Recht und Rassismus, 2019, S. 22; ähnlich schon *Eduardo Bonilla-Silva*, Rethinking Racism – Towards a Structural Interpretation, American Sociological Review 62 (1996), S. 465 (469 ff.).

ierung von Ausgrenzungspraktiken dienen soll. Genau dieses Denken aber scheinen Antirassisten in keiner Weise zu teilen. Das dürfte weniger damit zusammenhängen, dass sie den Rassismus für allgegenwärtig und sogar unaufhebbar halten,[36] im Rassismus eine generelle Strukturdimension gesellschaftlicher Wirklichkeit sehen.[37] Vielmehr scheinen Antirassisten es für geradezu selbstverständlich zu halten, dass jeder Mensch mit dem Schwarzsein automatisch außerordentlich negative Eigenschaften verbindet. Hier treffen Welten aufeinander. Für mich selbst etwa war es nicht nur völlig unverständlich und überraschend, sondern geradezu verstörend, in einem ernstzunehmenden Feuilletonbeitrag zu lesen, „Schwarz" sei „nicht nur mit dunkler Hautfarbe, sondern nahezu automatisch auch mit Wildheit, Tierähnlichkeit, Zähmungsbedürftigkeit assoziiert"[38] – ein Gedankengang, auf den ich in der heutigen Zeit nicht einmal als extreme Arbeitshypothese gekommen wäre. Auf den Punkt gebracht ist die ganze antirassistische Argumentation nur bei einem rassistischen Vorverständnis von „Rasse" haltbar. Sie perpetuiert, was sie bekämpfen will.

Diese Aufladung des Begriffs der Rasse mit weiteren Eigenschaften könnte auch einen Ansatz bieten, um die Diskussion über die naturwissenschaftliche Bedeutung von Rasse sowie die gewisse Obsession mit diesem letztlich eher uninteressanten und wenig hilfreichen Thema zu erklären. Wenn Rasse schlicht jede Gruppe mit tatsächlich oder vermeintlich vererbbaren Merkmalen ist, so wäre eine naturwissenschaftliche Basis von Rasse immer und schon dann zu bejahen, wenn irgendeine Rasseneinteilung auf tatsächlich vererbbaren und damit auch genetisch bedingten Merkmalen beruhte. Schwarze und Weiße etwa unterscheiden sich nur durch äußerliche Merkmale, insbesondere die Hautfarbe. Soweit also die Hautfarbe genetisch nachweisbar und vererbbar ist, ist die Existenz von Schwarzen und Weißen auch naturwissenschaftlich begründbar. Dass diese Erkenntnis nicht nur wenig hilfreich, sondern auch irrelevant ist, ändert daran nichts. Wer aber mit dem Merkmal der Rasse weitere Eigenschaften verbindet oder sonst mehr in den Begriff der Rasse hineinliest, wie es sowohl Rassisten als auch Antirassisten tun, wird dieser Argumentation mit Unverständnis gegenüberstehen – und das zu Recht. Denn da es keine weiteren relevanten Eigenschaften über das äußere Erscheinungsbild hinaus gibt, die mit einer Rasse verbunden sind, können solche Eigenschaften und damit ein so aufgeladener Rassebegriff auch naturwissenschaftlich nur abgelehnt werden. Dass zudem die im Begriff der Rasse liegende Gruppenbildung nicht als solche naturgegeben und damit auch nicht in diesem Sinne naturwissenschaftlich begründ-

---

[36] Vgl. etwa *Richard Delgado/Jean Stefanicic*, Critical Race Theory – An Introduction, 3. Aufl. 2017, S. 8; *Paul Mecheril/Claus Melter*, Rassismustheorie und -forschung in Deutschland, in: dies. (Hrsg.), Rassismuskritik, Bd. 1, 2009, S. 14 f.; *Barskanmaz* (Fn. 26), S. 385.

[37] Vgl. *Mecheril/Melter* (Fn. 36), S. 17.

[38] *Türcke* (Fn. 20), S. 13.

bar ist, hat sie, wie gesehen, mit vielen anderen, auch naturwissenschaftlichen Einteilungskriterien gemein.

2. Rassismen ohne Rasse

a) Rassismus als Herrschaft und allgegenwärtiges Strukturprinzip der Gesellschaft

Noch nachdrücklicher als der Begriff der Rasse wird der des Rassismus in der sozialwissenschaftlich inspirierten Diskussion umdefiniert. In herkömmlicher Sichtweise bezeichnet Rassismus nichts anderes als die Bevorzugung oder Benachteiligung aufgrund der Rasse, also genau das, was Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verbietet. In der sozialwissenschaftlichen Sichtweise hingegen wird der Begriff des Rassismus weitgehend[39] von dem der Rasse getrennt. Vielfach wird heute tatsächlich von einem „Rassismus ohne Rassen“ ausgegangen, bei dem die Rassen Produkt und nicht Voraussetzung eines nunmehr kulturell verstandenen Rassismus sind.[40] Die in manchen Kreisen verbreitete Terminologie, die etwa von einem solchen „kulturellen Rassismus“ spricht, ist aus herkömmlicher Sicht ein Widerspruch in sich, da Kultur gerade nicht vererblich oder auch nur vermeintlich vererblich ist. Eine genaue oder gar konsentierte Definition fehlt völlig. Dennoch zeigen einige typische Beschreibungsversuche die Richtung auf: Rassismus, so heißt es etwa, sei „ein ‚gesellschaftliches Verhältnis‘ oder ein ‚Strukturprinzip gesellschaftlicher Wirklichkeit‘, das die ungleiche Verteilung von Lebenschancen und den ungleichen Zugang zu gesellschaftlichen Ressourcen begründet.“[41] Rassismus sei jedes „System von Diskursen und Praxen, die historisch entwickelte und aktuelle Machtverhältnisse legitimieren und reproduzieren“.[42] Gemeinsam sei allen sog. Rassismen, dass sie dazu dienten, innerhalb herrschaftlich organisierter Gesellschaften einen Zusammenhalt herzustellen. Dazu würden die „anderen“ identifiziert, von denen man sich abgrenze, um auf diese Weise gerade den in Wahrheit unterdrückten und benachteiligten Angehörigen dieser Gesellschaften ein Angebot zur Imagination von Gemeinschaft zu machen. So werde soziales Konfliktpotential in rassistische Verach-

---

[39] Anders etwa noch *Miles/Brown* (Fn. 17), S. 112 f., 148, 157 ff., die zwar Verbindungen etwa zu Sexismus und Nationalismus sehen, aber diese Phänomene doch analytisch und begrifflich trennen.

[40] Vgl. *Hund* (Fn. 34), S. 11, 120; *Iman Attia/Ozan Z. Keskinkilic*, Rassismus und Rassismuserfahrung: Entwicklung-Formen-Ebenen, in: Wissen schafft Demokratie – Schriftenreihe des Instituts für Demokratie und Zivilgesellschaft 2 (2017), S. 117 (118, 120); *Michael Banton*, in: Cashmore (Hrsg.), Encyclopedia of Race and Ethnic Studies, 2004, Stichwort „Cultural Racism“, S. 96 (96); zur Vielfalt der Rassismen etwa auch *Bessone* (Fn. 9), S. 151 ff.; vgl. auch *Barskanmaz* (Fn. 26), S. 383.

[41] *Barskanmaz* (Fn. 35), S. 20.

[42] *Rommelspacher* (Fn. 34), S. 29.

tung umgewandelt.[43] Rassismus dient also der Sicherung etablierter Herrschaftsverhältnisse gegenüber den Unterdrückten und Benachteiligten. Manche gehen gar so weit, den Rassismus „in Verbindung mit reaktionären, konservativen [sic!] oder faschistischen Doktrinen" zu bringen.[44]

Mit Rassen im Sinne irgendeiner Vererblichkeit, mit Hautfarben oder allgemein mit Gruppen wie Schwarzen oder Asiaten hat ein so verstandener Rassismus naturgemäß überhaupt nichts mehr zu tun. So wie Rassismus immer und zwangsläufig eine Diskriminierung ist, ist also jede Diskriminierung immer und zwangsläufig rassistisch.[45] Jede Art von Konflikt kann in bestimmten Situationen einen rassistischen Charakter annehmen.[46] Damit wird auch deutlich, dass der so verstandene Rassismus keineswegs eine heute außergewöhnliche Einstellung ist, ja nicht einmal nur ein Alltagsphänomen, sondern ein zentrales Strukturelement jeder, jedenfalls aber jeder westlich-kapitalistischen Gesellschaft.[47] Wie ein zentraler Glaubenssatz der critical race theory formuliert: „racism is ordinary, the usual way society does business".[48]

b) Rassismusbegriff als Legitimierung von Ungleichbehandlungen aufgrund der Rasse

Wie schon die Umdefinition des Rassebegriffs, trägt auch der sozialwissenschaftliche Rassismusbegriff dieser Art die Wurzeln eines Neorassismus in sich. Denn aufgrund der untrennbaren Verbindung von Rassismus und Herrschaftsstrukturen ist Rassismus auch nur in solchen Herrschaftsstrukturen denkbar, setzt also ein Machtgefälle voraus. Weit verbreitet ist daher die Auffassung, dass es einen Rassismus gegen Weiße nicht geben könne.[49] Denn Weiße gehören zur privilegierten Schicht der Inhaber der Macht. Damit aber wird der Benachteiligung oder Bevorzugung wegen der Rasse, wie sie das Grundgesetz nachdrücklich verbietet, moralisch auf denkbar tiefster Stufe steht und in der Gesellschaft zu Recht als völlig inakzeptabel gilt, immer dann Tür und Tor geöffnet, wenn es

---

[43] So *Hund* (Fn. 34), S. 123.

[44] Vgl. *Priester* (Fn. 9), S. 8.

[45] Vgl. *Barskanmaz* (Fn. 35), S. 25; in diese Richtung auch *Miles/Brown* (Fn. 17), S. 15, für die bei aktiver oder passiver Diskriminierung (gemeint ist wohl: Ungleichbehandlung) von Bevölkerungsminderheiten zumindest der Verdacht des Rassismus naheliegt, und die ibid., S. 16 die antirassistische Bewegung dahingehend beschreiben, dass sie die Aufmerksamkeit auf die diskriminierende Benachteiligung und Stellung bestimmter Menschengruppen lenke.

[46] *Christian Delacampagne*, L'invention du racisme – Antiquité et Moyen Âge, 1983, S. 46.

[47] Für eine Haltung, die Rasse offenbar sogar für unauslöschlich und jede andere Auffassung für eine üble Form des Neoliberalismus hält vgl. *Sara Ahmed*, Declarations of Whiteness – The Non-Performativity of Anti-Racism, borderlands 3 No. 2 (2004), Rn. 48.

[48] *Delgado/Stefanicic* (Fn. 36), S. 8.

[49] Vgl. nur das Interview mit *Emilia Roig*, in: Parbey, „Was als normal gilt, wird von weißen cis Männern bestimmt", Zeit Online v. 15.2.2021, https://www.zeit.de/zett/politik/2021-02/emilia-roig-why-we-matter-gerechtigkeit-rassismus-sexismus-politikwissenschaft-buch/komplettansicht, letzter Zugriff: 24.5.2022.

um Weiße geht. Wenn damit bestimmte Formen der Rassendiskriminierung aus übergeordneten Gesichtspunkten heraus legitimiert werden, so ist dies nicht nur unerträglich, sondern öffnet auch in gefährlicher Weise dem Missbrauch und der Umdefinition zu Lasten weiterer Gruppen den Weg.

c) Sozialwissenschaftlicher Rassismusbegriff: konkrete Beispiele

Was aber bedeuten die oft wenig anschaulichen Beschreibungen des Rassismus konkret? Die – gewollten – Ergebnisse der Umdefinition zeigen eindrücklich, wie weit sie wirklich geht, was also nunmehr alles mit dem Etikett des Rassismus versehen wird:[50] So gibt es nicht nur den (tatsächlich so genannten) „Rassenrassismus“, sondern auch einen Geschlechterrassismus, einen Klassenrassismus, einen Nationalrassismus und einen Kulturrassismus;[51] heute vermutlich zu ergänzen durch einen Religionsrassismus[52] (der zugleich ein Unterfall des Kulturrassismus wäre) und einen mit dem Stichwort der „Heteronormativität“ beschriebenen Rassismus u.a. gegen Homosexuelle.[53] Hinzu kommen können beispielsweise sogar ein Jugendrassismus, Altersrassismus oder Polizeirassismus.[54] Beispiele für das, was konkret unter Rassismus verstanden wird, umfassen z.B. alle Auffassungen, nach denen die menschliche Natur die Bildung umgrenzter Gemeinschaft, also von Nationen ermöglicht, die sich ihrer Unterschiede zu anderen Nationen bewusst sind, ohne dass damit notwendig eine Wertung anderer Nationen als besser oder schlechter verbunden sei, bei der aber andere Nationen als fremd und nicht zugehörig verstanden werden.[55] Rassistisch ist es also beispielsweise schon, von „Nationen“ oder von „europäischer Kultur“ zu sprechen und Unterscheidungen auf dieser Grundlage zu treffen.[56] Ein rassistischer Marker ist die bloße Verwendung des Begriffs „Ausländer“.[57] Rassismus lag und liegt in der Bundesrepublik Deutschland nach 1945 darin, Gastarbeiter vornehmlich als (billige) Arbeitskräfte zu betrachten, Ausländer zur Rückkehr zu ermutigen oder in dem Satz, dass Deutschland kein Einwan-

---

[50] Für ein weiteres, rein praktisches Beispiel aus der politischen Praxis vgl. *Boris Palmer*, Überall Rassisten? – Läuterungsrhetorik in Presse und Politik, in: Kostner (Hrsg.), Identitätslinke Läuterungsagenda, 2019, S. 255 (255 ff., 261).

[51] Vgl. *Hund* (Fn. 34), S. 124 f.; vgl. auch *Geulen* (Fn. 9), S. 16; *Delacampagne* (Fn. 46), S. 46 f.; sich daran offenbar anlehnend aus juristischer Sicht *Baer/Markard* (Fn. 2), Art. 3 Abs. 3 Rn. 474, 479, 481; *Kingreen* (Fn. 2), Art. 3 Rn. 517.

[52] Für die Unterscheidung anhand der Religion, insbesondere gegenüber Muslimen, als Form des Rassismus vgl. etwa *Barskanmaz* (Fn. 26), S. 387; zur politischen Verwendung des Rassismusvorwurfs bei Kritik an Muslimen, auch unter dem Stichwort sog. Islamophobie, vgl. *Sandra Kostner*, Wissenschaft als Agenda, FAZ v. 12.2.2020, S. N4.

[53] Vgl. *Mecheril/Melter* (Fn. 36), S. 16.

[54] Vgl. die Aufzählung bei *Delacampagne* (Fn. 46), S. 46.

[55] So *Martin Barker*, The New Racism, 1981, reprint 1982, S. 21 f.; zum Nationalrassismus etwa auch *Hund* (Fn. 34), S. 124 f.

[56] Deutlich *Hund* (Fn. 34), S. 124, 125.

[57] *Barskanmaz* (Fn. 35), S. 126.

derungsland sei.[58] Rassistisch ist es, Nichtdeutsche oder Nicht-EU-Bürger etwa in Staatsbürgerschaftsgesetzen oder in Aufenthalts- und Asylgesetzen anders zu behandeln als Deutsche.[59] Rassistisch sind alle Theorien die von der Annahme ausgehen, dass es menschliche Rassen gebe,[60] also nicht unerhebliche Teile der Naturwissenschaften.[61] Rassistisch ist es, die in manchen Ländern verbreitete weibliche Genitalverstümmelung mit diesem Begriff zu bezeichnen[62] oder Muttersprachler von Nichtmuttersprachlern zu unterscheiden.[63] Auf rassistischen Denkformen beruht es, ungleiche Bildungsergebnisse ethnischer Gruppen etwa unter Verweis auf Sprachschwierigkeiten zu erklären.[64] Rassistisch ist es, über Integration als Anforderung[65] oder einfach nur von einer „anderen Kultur" zu sprechen.[66] Rassistisch sind Sätze wie „Du sprichst aber gut Deutsch", „Wie macht man denn das so bei Ihnen?" oder „Wo kommst Du her?"[67] ebenso wie schon die Nichtanerkennung eines allein subjektiv-individuell definierten Diskriminierungsempfindens gegenüber nicht diskriminierend gemeinten Handlungen (wie etwa den gerade genannten Äußerungen – rassistisch ist es also, den rassistischen Charakter solcher Äußerungen nicht ohne Diskussion anzuerkennen).[68] Ob der Zionismus Rassismus sei, wird lebhaft diskutiert.[69]

[58] *Barskanmaz* (Fn. 35), S. 48.

[59] Vgl. *Mecheril/Melter* (Fn. 36), S. 14.

[60] Vgl. *Cremer* (Fn. 9), S. 4, 6.

[61] Dazu *Kischel* (Fn. 1), S. 243 ff.

[62] Vgl. *Vanessa-N. Kern*, Unversehrte Genitalien sind keine Selbstverständlichkeit, in: Hrzán (Hrsg.), Female Genital Cutting – Die Schwierigkeit sich zu positionieren, 2005, S. 78 (78); zu den verschiedenen, in dieser ideologischen Ausrichtung diskutierten Begrifflichkeiten für die Genitalverstümmelung vgl. *Fana Asefaw/Daniela Hrzán*, Female Genital Cutting – Eine Einführung, in: Hrzán (Hrsg.), Female Genital Cutting – Die Schwierigkeit sich zu positionieren, 2005, S. 8 ff.; für einen Vorschlag, das Problem der Genitalverstümmelung dadurch zu entschärfen, dass sie von medizinisch ausgebildetem Personal durchgeführt wird vgl. *Melanie Bittner*, Medikalisierung – Eine Lösung zum Wohl der betroffenen Frauen, ein Zwischenschritt zur Abschaffung oder ein Schritt zu Legitimisierung, in: Hrzán (Hrsg.): Female Genital Cutting – Die Schwierigkeit sich zu positionieren, 2005, S. 106 (106 ff., 112).

[63] *Doris Feldmann/Jochen Hoffmann/Annette Keilhauer/Renate Liebold*, „Rasse" und „ethnische Herkunft" als Merkmale des AGG, RW 9 (2018), S. 41 Fn. 61.

[64] Vgl. *Mecheril/Melter* (Fn. 36), S. 14.

[65] Dazu *Barskanmaz* (Fn. 35), S. 49 m. w. N.

[66] *Kostner* (Fn. 52); *Barskanmaz* (Fn. 35), S. 60.

[67] *Rommelspacher* (Fn. 34), S. 31; *Barskanmaz* (Fn. 35), S. 60 m. w. N.; beispielhaft für die Argumentation vgl. zum Satz „Wo kommst Du her?" etwa *Grada Kilomba*, „Wo kommst du her?", in: Golly/Cohrs (Hrsg.), Deplatziert! – Interventionen postkolonialer Kritik, 2008, S. 148 (148 ff.).

[68] *Rommelspacher* (Fn. 34), S. 32.

[69] Vgl. dazu UNGA Res. 3379 (XXX) v. 10.11.1975 („*Determines* that zionism is a form of racism and racial discrimination."); zum historischen Hintergrund und der weiteren Entwicklung etwa *Gil Troy*, Moynihan's Moment – America's Fight against Zionism as Racism, 2013, passim; *Joel Fishman*, „A Disaster of Another Kind" – Zionism = Racism, Its Beginning, and the War of Delegitimization against Israel, Israel Journal of Foreign Affairs 5 (2011), S. 75 (75 ff.): vgl. weiter etwa *D. van Arkel*, Racism in Europe, in: Ross (Hrsg.), Racism and Colonialism – Essays on Ideology and Social Structure, S. 11 (11 ff.).

Und selbst die französische Küche, also ein Teil des UNESCO Weltkulturerbes, ist vor dem Vorwurf des Rassismus nicht gefeit.[70]

3. Sozialwissenschaftliche Begrifflichkeit und Grundgesetzänderung

In der konkreten politischen Diskussion um eine Ersetzung des Begriffs der Rasse in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ist nicht selten zu beobachten, dass gerade die soeben beschriebene, sozialwissenschaftliche Definition von Rassismus von Seiten nicht antirassistisch geschulter Beteiligter auf großes Erstaunen und einen gewissen Unglauben trifft. Spontan wird hier gern argumentiert, dass es solch exzessive sozialwissenschaftliche Thesen zwar geben möge, dies doch aber kaum etwas mit einem Begriff des Rassismus zu tun haben könne, wie er in das Grundgesetz hineingeschrieben werden solle. Der Rassismusbegriff sei doch nicht an alle Seltsamkeit und feinsinnigen Verästelungen der sozialwissenschaftlichen Diskussion gebunden.[71] Deutlich wird dabei vor allem, wie verbreitet der alltagssprachliche Begriff des Rassismus ist, der im Wesentlichen den gegenwärtigen Inhalt des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, also die Bevorzugung oder Benachteiligung aufgrund der Rasse meint.

a) Sozialwissenschaftlicher Rassismusbegriff als Grundlage des Änderungsvorschlags

Dennoch liegt der sozialwissenschaftliche Rassismusbegriff gerade auch den Vorschlägen zur Änderung des Grundgesetzes konkret zugrunde. Beispielhaft zeigt sich dies an den einschlägigen Schriften eines Mitarbeiters des Deutschen Instituts für Menschenrechte, auf die der konkrete Vorschlag in Deutschland im Wesentlichen zurückgeht und auf die für diesen Vorschlag stets Bezug genommen wird. Schon die ursprüngliche Schrift von 2010 versteht unter „rassistisch“ im Sinne des Änderungsvorschlags ausdrücklich das Konzept des Rassismus ohne Rassen. Mit erfreulicher Offenheit erläutert der Vorschlag auch, dass mit der angestrebten Änderung des Grundgesetzes jegliches Verhalten verfassungswidrig würde, durch das die Existenz irgendwelcher Gruppen angenommen werde, deren Mitgliedern wesenhafte Eigenschaften zugeschrieben würden; dies gelte auch dann, wenn mit der Annahme solcher Gruppen weder eine

---

[70] Vgl. *Mathilde Cohen*, The Whiteness of French Food. Law, Race, and Eating Culture in France, French Politics, Culture, and Society, 39/2 (2021), S. 26 (42); die Präsentation dieser These in einem Youtube-Video führte zu zahlreichen, oft eher fassungslosen internationalen Reaktionen.

[71] Vgl. nur beispielhaft die Antwort des Sachverständigen *Tarik Tabbara*, in: Wortprotokoll der 159. Sitzung v. 21.6.2021, Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Protokoll-Nr. 19/159, S. 18 („nicht jeder Diskussionsblüte folgt“, „ohne in die Unwägbarkeiten der Sozialwissenschaften abzudriften“).

Hierarchisierung noch eine Abwertung verbunden sei.[72] Die gescheiterten Gesetzentwürfe zur Änderung des Grundgesetzes verweisen auf diesen Vorschlag und seine Begründung.[73]

Allerdings ist kaum zu bestreiten, dass innerhalb des sozialwissenschaftlichen und antirassistischen Schrifttums weder Einigkeit über den Begriff der Rasse und des Rassismus noch darüber herrscht, was genau darunter fällt und was nicht. Das liegt auch daran, dass selten je eine klare Definition gegeben wird, die es ermöglichen würde, in jedem Einzelfall das gemeinte vom nicht gemeinten abzugrenzen. Dieses Defizit wird auch von soziologisch geschulten Experten schon lange eingeräumt.[74] In diesem Sinne wäre es auch berechtigt, darauf hinzuweisen, dass nicht jede sozialwissenschaftliche Einzelmeinung als gleichsam per Grundgesetzänderung inkorporiert angesehen werden müsste. Jedoch herrscht weitgehende Einigkeit über die Grundgedanken und Kernaspekte, wie sie oben kurz skizziert wurden und für die etwa eine kulturelle Deutung des Rassismus beispielhaft stehen kann. Dass über einzelne Beispiele immer wieder diskutiert wird, ändert ebenfalls nichts an der außerordentlich weitreichenden Grundtendenz.

Dass mit dem Vorschlag einer Grundgesetzänderung ganz bewusst eine Verabschiedung der bisher ganz herrschenden Dogmatik und die Einführung des weiten, sozialwissenschaftlichen Rassismusbegriffs gefordert wird, ist zudem für das Verständnis dieses Änderungsvorschlags elementar und liegt seiner ganzen Denkweise zugrunde. So wird in der neuesten Version des Vorschlags durch einen Mitarbeiter des Deutschen Instituts für Menschenrechte ausdrücklich der ganz herrschende Stand der verfassungsrechtlichen Dogmatik zum Verbot der

---

72 *Cremer* (Fn. 23), S. 6.

73 Vgl. den Änderungsantrag von Bündnis 90/Die Grünen in BT-Drs. 19/24434, S. 6 mit Fn. 15 („Auf die dortigen Begründungen wird verwiesen."). Im weiteren Zusammenhang zitiert auch der Antrag der Fraktion Die Linke, BT-Drs. 19/20628, S. 1 diesen Beitrag; dass auch deren Antrag von einem stark erweiterten Rassismusbegriff ausgeht, zeigt etwa das generelle Abstellen auf „gruppenbezogene Zuschreibungen" und die Wertung, dass Begriffe wie „*Ausländer*feindlichkeit" oder „*Fremden*feindlichkeit" selbst ausgrenzend und daher abzulehnende Effekte von Rassismus seien, ibid. S. 8 (Hervorhebungen hinzugefügt).

74 Vgl. schon für den Rassismusbegriff *Miles*, Rassismus – Einführung in die Geschichte und Theorie eines Begriffs, 1991, S. 15 f., 87; *de Benoist* (Fn. 9), S. 11 f.; deutlich etwa schon *Priester*, Rassismus und kulturelle Differenz, 1997, S. 13: „Der Terminus des Rassismus ist alles andere als eindeutig definiert. […] [Er] scheint heute zu einem passe-partout geworden zu sein, unter dem scheinbar jede Benachteiligung des ‚anderen' subsumiert werden kann, Antirassismus gleichzeitig aber zu einer *moralischen* Kategorie, die in der Ausweitung des Begriffs ihren Gegner dann sowohl in Vorurteilen und schlechten Denkgewohnheiten, in Kapitalismus, Nationalismus und schließlich der gesamten Moderne sucht." (Hervorhebung im Original). Vgl. auch *Floris Biskamp*, Rassismus, Kultur und Rationalität, Peripherie Nr. 146/147, 37 (2017), S. 271 (271), dem zufolge bei konkreten Fragen „Diskussionen zu einem erheblichen Teil aus wechselseitigen Belehrungen darüber, was Rassismus eigentlich ist und warum der Rassismusbegriff der jeweils anderen mindestens falsch, wenn nicht selbst rassistisch ist" bestehen.

Rassendiskriminierung in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG gerade deshalb kritisiert, weil er die sozialwissenschaftliche Begriffsbildung sowohl zum Begriff der Rasse als auch zum Rassismus nicht aufgreift. Ebenso ausdrücklich wird kritisiert, dass in der Folge viel zu wenige Sachverhalte unter Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG subsumiert würden, und eine deutliche Ausweitung gefordert. Der herkömmliche Begriff der Rasse im Grundgesetz wird als „hartnäckige Barriere“ bezeichnet und eine Veränderung der Behandlung sowohl in der juristischen Literatur als auch in der Ausbildung gefordert.[75]

b) Verzerrte Diskussion um gleiches oder niedrigeres Schutzniveau

In erheblichem Maße irreführend ist vor diesem Hintergrund die von Verfechtern einer Grundgesetzänderung teils ausdrücklich erhobene oder insinuierte Behauptung, inhaltlich gehe mit dem neuen Formulierungsvorschlag für Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG keine Änderung einher.[76] Auf derselben Linie liegt es, wenn in Bezug auf mögliche Auswirkungen einer Grundgesetzänderung zwar die wenig sinnvolle Frage einer möglichen Verengung als eigener Gliederungspunkt angesprochen wird, nicht aber die Kernfrage der Ausweitung.[77] Dies hat etwa im Rahmen eines landesverfassungsrechtlichen Änderungsverfahrens auch schon zu entsprechenden Missverständnissen geführt.[78] Auch wenn hier die Vermutung eines gewissen argumentativen Tricks nicht ganz fernliegt, macht die behauptete Gleichsetzung des gegenwärtigen Rechtszustandes und der geforderten Änderung aus rein interner Perspektive doch einen gewissen Sinn. Denn wer sich für die Einführung des Rassismusbegriffs einsetzt, muss und wird zugleich das herkömmliche und verfassungsrechtlich ganz herrschende Verständnis des Begriffs der Rasse in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ablehnen und durch das mit dem Rassismusbegriff untrennbar verbundene Konzept der Rasse als rein soziales Konstrukt ersetzen. Mit anderen Worten bekämpfen diese Aktivisten gerade das vorherrschende Verständnis des Diskriminierungsverbots und wollen es auch

---

[75] Vgl. *Cremer* (Fn. 23), S. 17 f., 28.

[76] Wörtlich etwa *Cremer* (Fn. 23), S. 19.

[77] So *Hendrik Cremer*, Ein Grundgesetz ohne „Rasse“, Policy Paper No. 16, DIMR 2010, S. 6; vgl. auch die Frage des Abgeordneten *Karl-Heinz Brunner*, in: Wortprotokoll der 159. Sitzung v. 21.6.2021, Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Protokoll-Nr. 19/159, S. 15.

[78] Vgl. etwa die entsprechende Änderung in Art. 12 Abs. 2 LV-Brandenburg, bei der sich der Landesverfassungsgeber ausdrücklich auf den für das Grundgesetz gemachten Vorschlag berief, vgl. Landtag Brandenburg, Drucks. 5/7321 v. 22.5.2013, S. 3, ohne auch nur anzudeuten, dass er hier über den symbolischen Verzicht auf das Wort „Rasse“ hinaus eine Ausweitung sah oder sich der Problematik auch nur bewusst war. Auch in der zugehörigen Literatur wurde das Problem nicht erwähnt, sondern im Gegenteil ausdrücklich erläutert, die Neufassung führe das bisherige spezielle Gleichheitsgrundrecht „inhaltlich unverändert fort“, vgl. *Hartmut Bauer/Wolfgang Abromeit*, Antirassismus-Novellen im Landesverfassungsrecht, DÖV 68 (2015), S. 1 (6). Dabei wird die frühere Fassung sogar ausdrücklich im Sinne des Grundgesetzes verstanden, der Begriff der Rasse – und damit nunmehr des Rassismus – also auf Gruppen mit tatsächlich oder vermeintlich vererbbaren Merkmalen bezogen, ibid., S. 4.

schon de lege lata als einen Schutz vor rassistischer Diskriminierung im Sinne der sozialwissenschaftlichen Rassismusdiskussion verstehen.[79] Nur aus dieser Perspektive würde die Grundgesetzänderung nichts inhaltlich neues bieten. Aus Sicht der ganz herrschenden Sichtweise des Diskriminierungsverbots aber würde die Grundgesetzänderung das durchsetzen, was sich auf anderem Wege in der Verfassungsrechtsdogmatik nicht durchsetzen lässt.

V. Bedeutungsverlust und rhetorische Trickkiste

Was steht hinter diesen umfänglichen Umdeutungen der Begriffe? Eine wichtige und wiederkehrende Begründung für die Ausweitung sowohl des Begriffs der Rasse als auch des Rassismus liegt darin, dass er in seiner Grundform – der unterstellten Minderwertigkeit von Personen mit bestimmten zumindest vermeintlich vererbbaren Merkmalen – heute einerseits kaum noch eine Rolle spiele und es auch kaum noch Personen gebe, die sich selbst als Rassisten sähen oder bezeichneten.[80] Andererseits sei es nicht möglich, die zahlreichen Formen von Gruppendiskriminierung, die auch heute angeblich existieren, ohne Rekonstruktion zu erfassen.[81]

Dabei ist den Autoren völlig bewusst, mit welch starker emotionaler Ablehnung und welchen Schuldgefühlen jegliche Bezeichnung als „rassistisch“ heute automatisch und in weitesten Teilen der Bevölkerung einhergeht.[82] Die Argumentation ist vor diesem Hintergrund erstaunlich ehrlich, legt sie doch die rein politisch-ideologische Verwendung des Begriffs „Rassismus“ unmissverständlich offen. Denn der dahinterstehende Gedankengang ist folgender: Mit der Bezeichnung eines Zustands oder einer Handlung als rassistisch existiert ein Mittel, um fast schon instinktive Ablehnung und Schuldgefühle hervorzurufen. Bedauerlicherweise ist aber das, was gemeinhin und alltagssprachlich unter „rassistisch“ verstanden wird, heute weitgehend ausgemerzt. Doch gibt es andere Zustände und Handlungen, die nach persönlicher Wertung der Vertreter der Antirassismusbewegung auch oder sogar genauso negativ bewertet werden müssten. Daher halten sie es für unabdingbar, den Begriff des Rassismus zu dekonstruieren und mit diesen neuen Inhalten zu füllen. Es geht also um eine ideologische Umdefinition und Indienststellung eines – zu Recht – ganz außerordentlich negativ konno-

---

[79] Deutlich etwa *Cremer* (Fn. 23), S. 19 f.

[80] Vgl. etwa *Miles/Brown* (Fn. 17), S. 15.

[81] Vgl. etwa *Banton* (Fn. 40), S. 96 f.; vgl. etwa auch *Rommelspacher* (Fn. 34), S. 27, die den Rassismusbegriff dann anwenden will, wenn es um „ökonomische, politische oder kulturelle Dominanzverhältnisse“ gehe, die mithilfe naturalisierter Gruppenkonstruktionen legitimiert würden.

[82] Vgl. etwa *Miles* (Fn. 74), S. 91; *de Benoist* (Fn. 9), S. 11; vgl. auch *Miles/Brown* (Fn. 17), S. 3: „to claim that someone has expressed a racist opinion is to denounce them as immoral and unworthy.“

tierten Begriffs, um diese negative Konnotation auf andere Sachverhalte zu übertragen,[83] ein bekannter Griff in die rhetorische Trickkiste.

VI. Politische Ansichten weit jenseits der Mehrheitsgesellschaft

Woher die persönlichen Wertungen hinter der Umdefinition aber stammen und wie sie lauten, wird selten ausdrücklich klargestellt, vor allem da die Ergebnisse in der Regel als evident angesehen werden. Der Betrachter ist hier auf Vermutungen auf Basis des verwendeten Vokabulars sowie der verwendeten Argumentationsfiguren und Beispiele angewiesen:

1. Klassenkämpferische Wurzeln

In Bezug auf Argumentationsfiguren und Vokabular fällt auf, dass zumindest ein Teil der Antirassismusbewegung deutliche Wurzeln in einem klassenkämpferischen und antikapitalistischen Denken hat. Das gilt nicht nur für Aktivisten oder Journalisten,[84] sondern auch für die sozialwissenschaftliche Befassung mit dem Thema.[85] Neben der schon vermerkten Parallelisierung von faschistisch, reaktionär und konservativ,[86] fällt auch hier etwa der Hinweis auf den engen Zusammenhang von Kapitalismus und Rassismus auf.[87] Anschaulich ist auch das Vokabular in Sätzen wie

„In den kapitalistischen Gesellschaften Europas und Nordamerikas muss die Wirksamkeit des Rassismus dort verortet werden, wo sich zwischen den Kämpfen und konfligierenden Interessen von Bourgeoisie, Kleinbürgertum und Arbeiterklasse (und ihren diversen Fraktionen) Risse auftun.“[88]

---

[83] Vgl. auch deutlich *Miles* (Fn. 74), S. 90 f.: „Es gab von daher gute politische und moralische Gründe, den Begriff weiterhin zu benutzen, denn er war mit einer äußerst negativen Bewertung besetzt. Etwas oder jemanden mit dem Etikett ‚Rassismus‘ zu versehen hieß, die Person oder das Ereignis außerhalb der Grenzen der Zivilisation zu stellen.“; ebenso *Miles/Brown* (Fn. 17), S. 4: „If racism is defined too narrowly [...] then discourses that would otherwise be regarded as racist may attain a degree of legitimacy.“; kritisch *de Benoist* (Fn. 9), S. 32.

[84] Vgl. nur *Jules El-Khatib/Igor Gvozden/Foti Matenzoglou*, Warum Klassenkampf und Antirassismus zusammengehören, Neues Deutschland v. 2.4.2019, mit dem deutlichen Titel oder mit Aussagen wie „sind rassistische Vorurteile ein Hemmnis für die solidarische Aktion der Arbeiterklasse“; als aktivistisches Beispiel aus dem radikal-linken Bereich vgl. *Flo Herter*, Empowerment und Klassenkampf – Gegen den Rassismus des Kapitals, re:volt magazine v. 18.5.2018, https://revoltmag.org/articles/empowerment-und-klassenkampf-gegen-den-rassismus-des-kapitals/, letzter Zugriff: 24.5.2022.

[85] Zu marxistischen Ansätzen vgl. auch *Biskamp* (Fn. 74), S. 277 ff.

[86] Vgl. supra bei Fn. 44.

[87] *Miles* (Fn. 74), S. 8.

[88] Ibid., S. 75.

Es gehe darum, den Begriff des Rassismus ins Zentrum einer aktuellen Soziologie zu stellen, die sich mit Entwicklung, Ursprung und gegenwärtigen strukturellen Bedingungen der kapitalistischen Produktionsweise auseinandersetze,[89] und es bedürfe mehr Aufmerksamkeit, wie Rassismus von Menschen unterschiedlicher Klassenpositionen aktiv konstruiert und reproduziert werde.[90] Gemeinsam sei den Rassismen ihre Funktion im Prozess der klassenspezifischen Vergesellschaftung.[91] Das Engagement für eine Gesellschaft ohne Rassismus wird als Teil des Engagements für das Verschwinden jeder Form von Herrschaft gesehen.[92]

2. Neutrale bis positive Wertung vorgeblich rassistischer Verhaltensweisen

Große Teile der sozialwissenschaftlichen Literatur zum Rassismus bedienen sich allerdings nicht eines solch klassenkämpferischen Vokabulars.[93] Dennoch ist deutlich, dass auch sie kaum als bürgerlicher Mainstream betrachtet werden können.[94] Dies zeigt sich am besten an den jeweiligen Ergebnissen, d.h. an den bereits dargestellten[95] konkreten, denkbar weitreichenden Beispielen für angeblichen Rassismus. Sie sind politisch jeweils einzeln, vor allem aber auch in ihrer Gesamtheit recht klar am äußeren Rand von Vorstellungen verortbar, die sich selbst gern als progressiv bezeichnen. Aus einem weniger radikalen Blickwinkel heraus sind die Beispiele hingegen oft als völlig neutrale oder sogar positive Verhaltensweisen zu bewerten.

---

[89] *Miles/Brown* (Fn. 17), S. 168.
[90] *Miles/Brown* (Fn. 17), S. 170.
[91] *Hund* (Fn. 34), S. 120.
[92] Vgl. *Mecheril/Melter* (Fn. 36), S. 15.
[93] Für eine Argumentation, die den geistesgeschichtlichen Ursprung in jedem Fall im Marxismus und der neuen Linken sieht, vgl. *Sandra Kostner*, Identitätslinke Läuterungsagenda – Welche Folgen hat sie für Migrationsgesellschaften, in: *dies.* (Fn. 50), S. 17 (23 f.) („neuer Identitätswein in alten marxistischen Schläuchen").
[94] Zur Frage, was statistisch in der Bevölkerung als Mainstream gelten kann vgl. etwa European Commission (Hrsg.), Special Eurobarometer 471 – Fairness, inequality and intergenerational mobility, Summary, April 2018, https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2166, letzter Zugriff: 24.5.2022; für weitere Details der Studie vgl. https://data.europa.eu/euodp/en/data/dataset/S2166_88_4_471_ENG, letzter Zugriff: 24.5.2022. Danach haben 83 % der Befragten in den vergangenen 12 Monaten keine Diskriminierung oder auch nur Belästigung erfahren, ibid. S. 6. Um im Leben voranzukommen hielten nur 6 % in der EU die ethnische Herkunft für essentiell, im Vergleich zu 48 % für die Gesundheit und 33 % für eine gute Ausbildung, ibid. S. 10.
[95] Vgl. supra D.II.3.

a) Unklare und positiv zu bewertende Beispiele

Bei einigen dieser Beispiele bleibt bereits unklar, was eigentlich gemeint ist. Wenn man nicht von anderen Kulturen oder von Ausländern sprechen oder viel allgemeiner nicht zwischen dem Eigenen und dem Fremden unterscheiden darf, ohne Rassist zu sein, dann könnte darin erstens die Behauptung liegen, es gebe andere Kulturen, Ausländer oder Eigenes/Fremdes faktisch gar nicht. Das wäre aber kaum nachzuvollziehen. Nicht nur gibt es nun einmal Staatsangehörigkeiten und damit Ausländer. Auch befassen sich ganze Wissenschaftszweige und Bildungsangebote damit, die kulturellen Unterschiede zwischen Menschen verschiedener Herkunft zu beschreiben, nicht zuletzt um etwa die Zusammenarbeit in Wirtschaftsunternehmen zu erleichtern[96] oder um Menschen im Ausland oder im Kontakt mit Fremden zumindest vor den schlimmsten Fettnäpfchen zu bewahren. In der Rechtsvergleichung sind die Rechtskultur und damit die Unterschiede zwischen eigenem und fremdem rechtlichen Denken ein etabliertes Standardthema.[97] Will man der Antirassismusbewegung nicht Realitätsverweigerung (oder -umdefinierung) unterstellen, dann müsste mit diesen Beispielen gemeint sein, dass es die entsprechenden Sachverhalte zwar gibt, man aber über sie nicht sprechen oder aus ihnen Konsequenzen ziehen darf. Das dürfte näherliegen, aber den Vorwurf rein ideologisch begründeter Sprech- und Denkverbote[98] begründen.

Vieles von dem, was die Antirassismusbewegung bekämpft und ihrerseits verachtet, ist keineswegs notwendig negativ oder gar genauso negativ wie der eigentliche Rassismus zu bewerten. Menschen, die in anderen Kulturen sozialisiert wurden, anders zu behandeln und als Andere anzusehen, ist beispielsweise nicht verwerflich, sondern oft schlicht realistisch und sogar ein Ausdruck interkultureller Kenntnisse und Gewandtheit, nicht aber eines „Kulturrassismus“. Ebenso wenig verwerflich sind etwa Nationen als solche oder die Betonung ihrer Eigenständigkeit, Souveränität und Abgrenzung; darin liegt kein „Nationalrassismus“. Wer die Unterschiede in Interessen und Lebensweisen von Alten und Jungen erkennt, deshalb beide Gruppen verschieden behandelt und auch

---

[96] Zu solchen wirtschaftswissenschaftlichen Untersuchungen vgl. etwa schon *Edward T. Hall/Mildred Reed-Hall*, Understanding Cultural Differences, 1990; *Eberhard Dülfer/Bernd Jöstingmeyer*, International Management in Diverse Cultural Areas, 2011; *Geert Hofstede*, Culture's Consequences – Comparing Values, Behaviors, Institutions and Organizations Across Nations, 2. Aufl. 2001; für ein Beispiel einer praxisnahen und kurzen Aufbereitung vgl. etwa *Tomas Chamorro-Promuzic/Michael Sanger*, What Leadership Looks Like in Different Cultures, Harvard Business Review, 6.5.2016, https://hbr.org/2016/05/what-leadership-looks-like-in-different-cultures, letzter Zugriff: 24.5.2022.

[97] Vgl. zur Rechtskultur etwa *Peter Mankowski*, Rechtskultur, 2016, passim; zum Begriff selbst auch *Uwe Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, § 4 Rn. 27 ff.

[98] Dazu aus der französischen Diskussion *Taguieff* (Fn. 12), S. 25, 26, 34, 216, 241; zum Vorwurf sinnloser politscher Korrektheiten vgl. *Denys de Béchillon/Émeric Bréhier*, Faut-il supprimer le mot „race“ de la Constitution?, La Croix v. 20.2.2018.

glaubt, dass sie ihre jeweils eigenen, getrennten Räume und Aktivitäten brauchen, ist kein Alters- oder Jugendrassist, sondern ein verständiger Bürger. Wer Ausländer als Ausländer bezeichnet, spricht nur klares Deutsch; wer Deutschland nicht für ein Einwanderungsland hält oder es zu einem solchen werden lassen will, vertritt eine bestimmte politische Meinung.

b) Berücksichtigung fremder Kulturen und Lebensweisen

Gegen die weitreichenden Werturteile und Forderungen der Antirassismusbewegung spricht auch auf einer abstrakteren Ebene vieles. Die Bewegung richtet sich letztlich gegen die Möglichkeit, sich im Umgang mit anderen Menschen an Erfahrungswerten zu orientieren, wie sie in Bezug auf zahllose Gruppen bestehen. Positiv betrachtet steht dahinter der idealistische Wunsch, jeden Menschen nur als Individuum zu betrachten und im Umgang mit jedem Menschen nur diejenigen Erfahrungen zu verwerten, die mit genau diesem Menschen individuell gemacht wurden. Aber schon auf der idealistischen Ebene ist dies einseitig und daher kaum haltbar. Denn gleichzeitig ist es von demselben idealistischen Standpunkt aus unabdingbar, fremden Kulturen und Lebensweisen gegenüber Respekt zu zeigen und sich auf ihre jeweiligen Besonderheiten, Empfindlichkeiten, Bedürfnisse oder Gepflogenheiten einzustellen. Einfache Beispiele sind schnell gefunden: Man sollte nicht ohne Nachzudenken einen Juden zur Meeresfrüchtepizza einladen, einem thailändischen Kind den Kopf tätscheln oder einem Japaner ins Gesicht sagen, dass er einen Fehler gemacht habe. Das aber beruht auf verallgemeinerten (Vor-)Urteilen über eine Gruppe, setzt also genau diejenige überindividuelle Verallgemeinerung voraus, die von der Bewegung bekämpft wird. Es wäre daher sowohl lebensfremd als auch unmenschlich zu verlangen, dass wir andere Menschen nur individuell behandeln, beispielsweise also eine uns unbekannte Person uneingeschränkt als weißes Blatt betrachten. Ob die im menschlichen Miteinander unabdingbaren, individuellen oder von Dritten erlernten Erfahrungen im Umgang mit anderen Menschen jeweils positiver, negativer oder neutraler Natur sind, ist insofern irrelevant und liegt zudem im Auge des Betrachters: Dieselbe kulturell typische Verhaltensweise eines US-Amerikaners etwa, der auch auf ihm kaum bekannte Personen mit einem Lächeln und einigen persönlichen Worten zugeht, wird der eine als oberflächlich tadeln, der andere als besonders freundlich und offen loben. Jeden Menschen nur für sich zu betrachten, wäre auch Ausdruck eines übertriebenen Individualismus, der die soziale Natur des Menschen ausblendet. Jeder ist Mitglied diverser Gruppen und hat damit auch Eigenschaften, die sich in erster Linie aus dieser Mitgliedschaft erklären.

c) Struktureller Rassismus als Schluss von der Folge auf die Ursache

Weit von gesellschaftlich und verfassungsrechtlich allgemein akzeptierten Vorstellungen entfernt ist etwa auch das Konzept des strukturellen oder institutionellen Rassismus. Konkrete Definitionen für diese Begriffe, die sich gar für eine Subsumtion eignen würden, gibt es erneut nicht; ebenso wenig ist klar, ob sie dasselbe oder zwei verschiedene Phänomene umschreiben.[99] Struktureller Rassismus soll etwa vorliegen, wenn das gesellschaftliche System mit seinen Rechtsvorstellungen und seinen politischen und ökonomischen Strukturen Ausgrenzungen bewirkt. Mechanismen solcher Ausgrenzung können dann in ökonomischen und sozialen Unterschieden ebenso liegen wie in symbolischer Macht, die sich etwa darin manifestiert, was und wer in der Gesellschaft als wichtig oder unwichtig gilt.[100]

Der Gedanke eines strukturellen Rassismus ist also untrennbar mit dem weiten sozialwissenschaftlichen Rassismusbegriff verbunden und diesem wohl immanent. Letztlich dürfte es darum gehen, unter Rassismus nicht (nur) das Handeln einzelner Personen – gar als Ausnahmeerscheinung – zu verstehen, sondern etwas, das von institutionellen Strukturen und Praktiken systematisch erzeugt werde.[101] Nimmt man Fälle heraus, die sich letztlich doch auf konkrete Differenzierungen aufgrund der Rasse durch einzelne Personen zurückführen lassen, scheint es unter dem Stichwort des strukturellen Rassismus in Analogie zur strukturellen Diskriminierung darum zu gehen, von der Folge auf die Ursache zu schließen. Wenn beispielsweise bei schulischen Prüfungen überproportional viele Personen einer benachteiligten Gruppe (Rasse als soziales Konstrukt) schlechter abschneiden als andere, so wäre dies mangels individueller Rassendiskriminierung durch Lehrer ein Zeichen von strukturellem Rassismus.[102] Dass die Schulnoten beispielsweise auf mangelnden Sprachkenntnissen oder überproportional geringer elterlicher Unterstützung beruhen können, wird entweder ausgeblendet, nicht akzeptiert oder gleich als rassistische Argumentation[103] bezeichnet. Entscheidend aber ist, dass hier letztlich gar nicht anhand der Rasse unterschieden wurde, sondern sich verschiedene Ergebnisse aufgrund ganz anderer, unverfänglicher Merkmale in Verbindung mit diversen, oft gesellschaftlichen Ursachen, der konkreten Zusammensetzung der jeweili-

---

[99] Vgl. *Barskanmaz* (Fn. 35), S. 62.

[100] Vgl. *Rommelspacher* (Fn. 34), S. 30 f.

[101] In diese Richtung *Barskanmaz* (Fn. 35), S. 62 im Hinblick auf institutionellen Rassismus.

[102] Zur bekannten und eher abschreckenden Entscheidung des EGMR, der in der stark überproportionalen Zuweisung von Roma-Kindern an tschechische Sonderschulen eine mittelbare Diskriminierung sah, obwohl die Zuweisung nicht nur mit Zustimmung der Eltern erfolgte, sondern auf einem für alle gleichen Testverfahren zur Sonderschulbedürftigkeit beruhte vgl. EGMR (GK), Urt. v. 13.11.2007, Nr. 57325/00 – *D.H. u.a./Tschechien*; zu Recht kritisch dazu etwa *Langenfeld* (Fn. 2), Art. 3 Abs. 3 Rn. 49 f. m. w. N.

[103] So *Mecheril/Melter* (Fn. 36), S. 14.

gen Gruppe und der statistischen Verteilung ihrer spezifischen Eigenschaften ergeben.[104] Die antirassistische Antwort dürfte lauten, dass dann eben diese gesellschaftlichen Ursachen, etwa die mangelnden Sprachkenntnisse oder die fehlende elterliche Unterstützung, Teil des gesellschaftlichen Rassismus seien. Daher liegt die Annahme nicht fern, dass hinter der Idee des strukturellen Rassismus letztlich die Forderung nach grundlegenden Veränderungen in der Gesellschaft, ihren Maßstäben, Wertungen und Normen steht, verbunden mit dem Wunsch nach weitgehender Einebnung gesellschaftlicher, wirtschaftlicher und sozialer Unterschiede hin zu einer absolut verstandenen Gleichheit – eine zwar mögliche, aber mit den Grundsätzen einer freiheitlich, marktwirtschaftlich und individualistisch orientierten Gesellschaft nur schwer vereinbare und letztlich eher randständige Vorstellung.

3. Gefahr der Banalisierung von Rassendiskriminierung

Auf einer ganz anderen Ebene birgt die Antirassismusbewegung die Gefahr der Banalisierung des Rassismus in sich. Denn ihre Auffassungen führen zu einer fast uferlosen Erweiterung des Rassismusbegriffs. Fast jeder ist „irgendwie" ein Rassist. Rassismus wird ganz bewusst als Alltagsphänomen begriffen. Dadurch aber wird die negative Konnotation verwässert. In der Konsequenz kann der Rassismusvorwurf nicht mehr uneingeschränkt ernst genommen werden, wovon auch der eindeutig verwerfliche Kernbereich des Rassismus betroffen ist[105] – die tiefe Verachtung und der Glaube an die unveränderliche Minderwertigkeit von Menschen mit wirklich oder vermeintlich vererblichen Merkmalen, seien es Schwarze, Juden oder Eingeborene.

4. Politischer Streit und gemeinsame Werte im Grundgesetz

Um all dies geht es aber letztlich gar nicht. Man kann die in der Antirassismusbewegung vorherrschenden Überzeugungen und Bewertungen von Sachverhalten selbstverständlich nicht nur ablehnen, sondern auch teilen – aber man muss es ebenso selbstverständlich nicht. Sie gehören recht eindeutig zu einer bestimmten politisch-ideologischen Grundüberzeugung, die keineswegs Gemeingut ist. Dennoch kann man darüber diskutieren. Unzulässig ist es hingegen, diese Bewegung mit ihren Grundüberzeugungen und damit eine durchaus radikale politische Ansicht auf dem Umweg über das Grundgesetz für allgemein-

[104] Zur Frage mittelbarer, impliziter und verdeckter Diskriminierungen unter dem Grundgesetz vgl. *Kischel* (Fn. 1), S. 232ff.

[105] Vgl. dazu etwa auch *de Benoist* (Fn. 9), S. 32 („*dilution* leads to *trivialization*").

verbindlich zu erklären, sie durch Umdefinitionen in den Text des Grundgesetzes hineinzulesen. Denn dadurch würden zahlreiche völlig akzeptable und sogar sinnvolle Verhaltensweisen und Denkmuster plötzlich für verfassungswidrig erklärt. Verfassungen aber geben allgemein geteilte Grundwerte der Gesellschaft wieder, nicht einzelne Ideologien jenseits des gesellschaftlichen Konsenses. Das Grundgesetz schiebt der Ungleichbehandlung aufgrund der Rasse einen unmissverständlichen Riegel vor. Es ist aber nicht „antirassistisch“ im Sinne der Antirassismusbewegung.

Im Gegenteil spricht vieles im Grundgesetz sogar dagegen. Dazu zählt nicht nur die Meinungsfreiheit,[106] sondern etwa auch die Anerkennung des Unterschieds zwischen Deutschen und anderen in den Deutschengrundrechten; die implizite Anerkennung Deutschlands als Nation neben anderen Nationen;[107] die Nation u.a. als eine im Bewusstsein der Bevölkerung vorhandene Sprach- und Kultureinheit[108]; die Anerkennung eines deutschen Volkes[109]; die Akzeptanz einer gewissen geistigen, sozialen und politischen Homogenität des Volkes[110]; und sogar einer nicht durch Staatsangehörigkeit, sondern ethnisch-kulturell vermittelten deutschen Volkszugehörigkeit in Art. 116 GG[111]: Aspekte, die ohne weiteres unter den uferlosen sozialwissenschaftlichen Begriff des Rassismus subsumiert werden könnten. In abstrakterer Weise richtet der Kerngedanke der Antirassismusbewegung sich zudem gegen Typisierungen. Auch dies aber ist mit dem Grundgesetz kaum in Übereinstimmung zu bringen. Denn insbesondere der Gesetzgeber ist unter dem Grundgesetz nicht etwa zur Berücksichtigung jeder individuellen Besonderheit gezwungen. Im Gegenteil ist gerade anerkannt, dass er stets generalisieren muss.[112] Solche Generalisierungen sind aber nichts anderes als Gruppenbildungen anhand bestimmter Merkmale, die gerade nicht bei jedem Gruppenmitglied vorliegen müssen.

---

[106] Vgl. nur *Bauer/Abromeit* (Fn. 78), S. 1 (10).

[107] Zum Begriff der Nation vgl. etwa *Rolf Grawert*, Staatsvolk und Staatsangehörigkeit, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 3. Aufl. 2004, § 16 Rn. 17 ff.; zum deutschen Nationalstaat vgl. *Christian Hillgruber*, Der Nationalstaat in der überstaatlichen Verflechtung, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 2 ff.; *Arnd Uhle*, Innere Integration, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, 3. Aufl. 2006, § 82 Rn. 11 ff.

[108] Vgl. BVerfGE 1, 14 (19).

[109] Zum deutschen Volk etwa *Hillgruber* (Fn. 107), § 32 Rn. 22 f.; *Grawert* (Fn. 107), § 16 Rn. 21 ff.

[110] Vgl. BVerfGE 89, 155 (186); *Uhle* (Fn. 107), § 82 Rn. 11 ff., 24 f.

[111] Dazu etwa *Hillgruber* (Fn. 107), § 32 Rn. 23.

[112] StRspr seit BVerfGE 111, 226 (245).

VII. Fazit

Letztlich ist also der Begriff des Antirassismus in gewisser Weise ebenso perfide wie etwa der des Antifaschismus: Auf den ersten Blick kann man als aufrechter, freiheitsorientierter Demokrat unter dem Grundgesetz nur zustimmen, bis man bemerkt, dass hier ein scheinbar klarer Begriff politisch derart vereinnahmt und dabei verändert wird, dass widerwillig Distanz geboten ist. Der sozialwissenschaftlich inspirierte Rassismusbegriff einschließlich seiner Sicht auf Rasse als soziales Konstrukt, der den Vorschlägen zur Änderung des Art. 3 Abs. 3 GG bewusst zugrunde liegt, ist für das Verfassungsrecht nicht nur aufgrund seiner Unklarheit, sondern vor allem auch inhaltlich völlig ungeeignet und sogar gefährlich. Er spiegelt nicht allgemein geteilte Grundwerte der Gesellschaft wider, sondern eine ideologische Position jenseits des gesellschaftlichen Konsenses. Das geltende Verfassungsrecht sichert den für das Selbstverständnis des Grundgesetzes elementaren Schutz gegen Benachteiligungen und Bevorzugungen aufgrund der Rasse erfolgreich und in hervorragender Weise.

VIII. Zusammenfassung in Thesen

1. Grundlegung

a. Der normative Rassebegriff des Grundgesetzes umfasst jede Gruppe von Menschen mit tatsächlich oder auch nur vermeintlich vererbbaren Merkmalen.
b. Die Frage nach der naturwissenschaftlichen Existenz von Rassen ist für die rechtlichen Fragen irrelevant. Darauf abzustellen, wäre aufgrund der aktuell und potentiell offenen Antworten gefährlich und unangebracht.
c. Der Kampf gegen den Begriff der Rasse beruht auf einem Restbestand magischen Denkens und einer Orwell'schen Idee der Sprachsteuerung.

2. Rasse

d. Soweit die Idee, Rasse sozialwissenschaftlich als rein soziales Konstrukt anzusehen, auf der Willkürlichkeit von Gruppenbildung beruht, ist sie wenig überzeugend.
e. Soweit die Idee des sozialen Konstrukts von einer unabdingbaren Zuschreibung kultureller Charakteristika ausgeht, geht sie am Denken der meisten Deutschen vorbei und zeigt ein rassistisches Vorverständnis, das perpetuiert, was es bekämpfen will.

3. Rassismus

f. Der sozialwissenschaftliche und antirassistische Begriff des Rassismus ist weit von der allgemeinsprachlichen und juristischen Bedeutung entfernt und beruht auf dem Gedanken eines Rassismus ohne Rassen. Rassismus ist danach nichts Außergewöhnliches, sondern im Gegenteil ein allgemeines Strukturprinzip der gesellschaftlichen Wirklichkeit.
g. Dieser Rassismusbegriff ist aufgrund des geforderten Machtgefälles einseitig und ebnet somit Benachteiligungen aufgrund der Rasse teils ausdrücklich, teils potentiell den Weg.
h. Die vorgeschlagene Änderung des Grundgesetzes will und würde den sozialwissenschaftlichen Rassismusbegriff in das Verfassungsrecht importieren.

4. Ablehnung des Antirassismus

i. Die begriffliche Umdeutung von Rasse und Rassismus stellt einen Griff in die rhetorische Trickkiste dar, indem ein überaus negativ besetzter Begriff mit gänzlichen anderen und neuen Inhalten gefüllt wird, um so die Konnotation mit zu übertragen.
j. Die hinter dem antirassistischen Rassismusbegriff stehenden Wertungen liegen deutlich jenseits mehrheitsfähiger Ansichten in der Gesellschaft. Die konkreten Beispiele für angeblichen Rassismus jenseits des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG beschreiben in der Regel entweder neutrale oder sogar positiv zu bewertende Verhaltensweisen.
k. Der antirassistische Rassismusbegriff stellt sich gegen die Notwendigkeit, die kulturellen Unterschiede zwischen Menschengruppen zu beachten und auch den Umgang mit Menschen daran auszurichten.
l. Der Begriff des strukturellen Rassismus schließt in unzulässiger Weise von den Folgen auf die Ursachen und ignoriert die Vielzahl gesellschaftlicher Unterschiede und Eigenheiten.
m. Der antirassistische Rassismusbegriff droht den Vorwurf des Rassismus zu banalisieren und damit für den Rassismus im herkömmlichen Sinne zu entwerten.
n. Die Sichtweisen der Antirassismusbewegung sind zwar keinesfalls Gemeingut und stehen weit jenseits des politischen Konsenses, können aber im politischen Streit vertreten werden. Sie sind jedoch in mancher Hinsicht nicht mit der Sichtweise des Grundgesetzes vereinbar und dürfen nicht Eingang in die Verfassung finden.
o. Das Grundgesetz sichert in hervorragender Weise den Schutz gegen Benachteiligungen und Bevorzugungen aufgrund der Rasse. Antirassistisch im Sinne der Antirassismusbewegung ist es nicht.

Rasse

Eine interdisziplinäre Einordnung des verfassungsrechtlichen Begriffs

Cengiz Barskanmaz

„Die Verfassung zu ändern, ist aus guten Gründen schwierig. Besser als eine schlechte Grundgesetzänderung ist darum: es zu lassen.“[1]

I. Einleitung

Rasse ist ein Diskriminierungsgrund, der einen der Grundpfeiler des Antidiskriminierungsrechts von der frühen Nachkriegszeit bis heute darstellt. Seinen Eingang in das Antidiskriminierungsrecht fand der Begriff der Rasse 1949 durch das Grundgesetz (GG) und 1950 durch die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK).[2] Als Vorreiter galt hier das Land Hessen, das als Bundesland mit der ersten Landesverfassung bereits 1946 Rasse als ein besonderes Gleichheitsmerkmal in Artikel 1 der hessischen Landesverfassung aufnahm.[3] In dem Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21.12.1965[4] (ICERD) findet sich die bis heute einzige Legaldefinition des Diskriminierungsverbots aufgrund der Rasse.

Unstreitig ist, dass das Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse die antidiskriminierungsrechtlich tatbestandliche Antwort auf den nationalsozialistischen Rassenwahn war. Dies gilt sowohl für das nationale als auch für das inter-

---

[1] *Friederike Wapler*, Kinderrechte ins Grundgesetz: Ein neuer Entwurf bringt nichts Neues, Verfassungsblog v. 06.12.2019, https://verfassungsblog.de/kinderrechte-ins-grundgesetz-ein-neuer-entwurf-bringt-nichts-neues/, letzter Zugriff: 24.5.2022.

[2] In der Debatte um die Streichung bzw. Ersetzung des Rassebegriffs nicht berücksichtigt wird zudem die adjektivierte Form des Rassebegriffs „rassisch“ in Art. 116 Abs. 2 S. 1 GG.

[3] Nach Art. 1 der Verfassung des Landes Hessen (HV) sind „[a]lle Menschen […] vor dem Gesetz gleich, ohne Unterschied des Geschlechts, der Rasse, der Herkunft, der religiösen und der politischen Überzeugung.“ Es handelt sich dabei um ein besonderes Gleichheitsgebot und nicht um ein besonderes Diskriminierungsverbot wie dies in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG vorzufinden ist. Daneben normiert Art. 134 HV, den gleichen Zugang zum öffentlichen Dienst ohne Unterschied der Rasse.

[4] BGBl. 1969 II, S. 961, in der Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 15.6.1969.

nationale Recht.[5] Schon vor dem Hintergrund dieser terminologischen Genealogie sollte es geboten sein, bei der Diskussion um die Streichung bzw. den Ersatz des Begriffs der Rasse äußerste Sorgfalt zu Tage zu legen. Bisher zu beobachten ist hingegen eine überstürzte und bewusst moralisierende Kontroverse um den Begriff der Rasse, deren einziges Ziel darin liegt, einen solch zentralen Verfassungsbegriff zu delegitimieren.

Die Forderung nach einem Grundgesetz ohne Rasse ist nicht neu. Im parlamentarischen Kontext,[6] in der Fachliteratur[7] – mit vereinzelter Unterstützung aus der Zivilgesellschaft[8] wurde die Streichung des Begriffs immer wie-

---

[5] Rechtliche Grundlage für den NS-Rassenwahn bildeten die „Nürnberger Rassengesetze", die aus drei Gesetzen bestanden: das Reichsflaggengesetz v. 15.9.1935 (RGBl. 1935 I, S. 1446), das Reichsbürgergesetz v. 15.9.1935 (RGBl. 1935 I, S. 1146) und das Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre v. 15.9.1935 (RGBl. 1935 I, S. 1146), das sogenannte Blutschutzgesetz, dazu aus zeitgenössischer Perspektive *Wilhelm Stuckart/Hans Globke*, Kommentare zur deutschen Rassengesetzgebung, 1936; grundlegend dazu *Cornelia Essner*, Die „Nürnberger Gesetze", 2002.

[6] Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes der Bundestagsfraktion von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN v. 18.11.2020, BT-Drs. 19/24434; Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes der Bundestagsfraktion DIE LINKE v. 1.7.2020, BT-Drs. 19/20628; bereits früher *Hendrik Cremer*, Ein Grundgesetz ohne „Rasse" – Vorschlag für eine Änderung von Art. 3 Grundgesetz, Policy Paper No. 16, DIMR 2010; auch in Frankreich wird seit zwei Jahren eine Streichung des Verfassungsbegriffs Rasse bzw. „race" diskutiert, bis heute ist der Begriff in Art. 1 der französischen Verfassung erhalten.

[7] Dafür z.B. *Isabelle Kutting/Naziar Amin*, Mit „Rasse" gegen Rassismus?, DÖV 2020, S. 612; *Doris Liebscher*, Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus, 2021, S. 449 ff.; *Doris Liebscher*, Rassialiserte Differenz im antirassistischen Rechtsstaat, AöR 146 (2021), S. 87, (120 ff.). *Mehrdad Payandeh*, Grundgesetz ohne Rasse, NJW-aktuell 31/2020, S. 15; *Hannes Ludyga*, Rasse als Rechtsbegriff?, NJW 2021, S. 911; *Tarik Tabbara*, Von der Gleichbehandlung der „Rassen" zum Verbot rassistischer Diskriminierung, Der Staat 60 (2021), S. 577; dagegen die Kritik von *Cengiz Barskanmaz/Nahed Samour*, Das Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse, Verfassungsblog v. 16.06.2020, https://verfassungsblog.de/das-diskriminierungsverbot-aufgrund-der-rasse/, letzter Zugriff: 24.5.2022; *Cengiz Barskanmaz*, Rasse – Unwort des Antidiskriminierungsrechts?, KJ 2011, S. 382; *Elisabeth Kaneza*, Black Lives Matter: Warum Rasse nicht aus dem Grundgesetz gestrichen werden darf, Recht und Politik 56 (2020), S. 536; *Elisabeth Kaneza*, Rasse und der Grundsatz der Gleichheit, ZAR 2021, S. 395; *Uwe Kischel*, Rasse, Rassismus und Grundgesetz. Verfassungsrechtliche, interdisziplinäre und rechtsvergleichende Aspekte, AöR 145 (2020), S. 227; *Michael Sachs*, Expertenstatement: Soll der Begriff „Rasse" aus dem Grundgesetz gestrichen werden? Pressemitteilung der Universität Köln v. 16.7.2020, https://portal.uni-koeln.de/universitaet/aktuell/presseinformationen/detail/expertenstatement-soll-der-begriff-rasse-aus-dem-grundgesetz-gestrichen-werden, letzter Zugriff: 24.5.2022; *Sigrid Boysen*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2021, Bd. 1, Art. 3 Rn. 179; *Ute Sacksofsky*, Gleichheitsrechte, in: Herdegen et al. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 19 Rn. 148.

[8] Z.B. Initiative Schwarze Menschen in Deutschland e.V., Positionspapier der „ISD" zum Begriff „Rasse" v. 2.3.2015; Pressemitteilung des Türkischen Bund Berlin-Brandenburg e. V. v. 21.10.2020; Bundeskonferenz der Migrantenorganisationen, „Offener Brief an die Bundeskanzlerin" v. 27.2.2020; Zentralrat Deutscher Sinti & Roma, Vorläufige Stellungnahme v. 5.2.2021 zum Diskussionsentwurf zur Änderung des Grundgesetzes zur Ersetzung der Wörter „seiner Rasse" in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG. In einer Stellungnahme v. 5.2.2021 zum Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz begrüßt der Zentralrat der Juden in Deutschland die Diskussion über den Begriff „Rasse", kritisiert allerdings

der diskutiert. Heute in Vergessenheit geraten ist die Tatsache, dass sowohl in Frankreich als auch in Deutschland die Ersetzung von Rasse – in diesem Fall durch ethnische Herkunft – zum ersten Mal von der *partie communiste* (2003) bzw. der sozialistischen Partei PDS (2010) legislativ formuliert wurde.[9] Auch im neuen Koalitionsvertrag der Ampelkoalition (2021) taucht die Forderung nach der Ersetzung von Rasse auf[10], mit einem wichtigen begleitenden Detail im gleichen Atemzug: Sexuelle Identität soll als Diskriminierungsmerkmal aufgenommen werden.[11] Im Allgemeinen wird die Forderung nach Streichung des Rassebegriffs damit begründet, dass Rasse ein überholter und ein historisch belasteter Begriff sei, dessen Verwendung die Idee von biologischen Rassen fördere. *Michael Hardimon* bezeichnet diese Position als eine „eliminativistische", weil sie in Rasse – nach Hardimon zu Unrecht – nur als rassistisches Konzept deuten will, weshalb diese abzuschaffen sei.[12]

Die im linksliberalen Milieu populäre Forderung nach der Streichung oder Ersetzung des Rassebegriffs, so die hier verfolgte These, wird den Errungenschaften menschenrechtlicher Regelwerke sowie einer empirisch fundierten gleichheitsrechtlichen Verfassungsdogmatik nicht gerecht. In der Forderung scheint der verfassungs-, unions- und völkerrechtliche Bestand – mit oder ohne Lippenbekenntnisse – argumentativ kaum eine Rolle zu spielen. In einem Mehrebenen-

---

im gleichen Atemzug die Voreiligkeit, mit der die Debatte geführt wird und fordert deshalb weitere Expertise, um die Risiken einer möglichen Absenkung des Schutzniveaus abzuwägen. Außerdem beharrt der Zentralrat darauf, dass bei einer Grundgesetzänderung der historische Hintergrund der Schoa weitere Berücksichtigung finden muss. Auf Anfrage des Verfassers liegt die bisher noch nicht veröffentlichte Stellungnahme dem Verfasser vor.

[9] Proposition de loi tendant à la suppression du mot „race" *de notre* legislation, Nr. 623; unter: https://www.assemblee-nationale.fr/12/propositions/pion0623.asp, letzter Zugriff: 24.5.2022; BT-Drs. 17/4036 v. 1.12.2010; https://dserver.bundestag.de/btd/17/040/1704036.pdf., letzter Zugriff: 24.5.2022.

[10] Auch im Koalitionsvertrag des Landes Berlin wird die Forderung nach der Ersetzung von Rasse angesprochen, allerdings und anlässlich der Intervention von mehreren zivilgesellschaftlichen Organisationen in abgeschwächter Form. Diese forderten eine inklusive, behutsamere und ergebnisoffene Diskussion, um die Notwendigkeit sowie Vor- und Nachteile einer Streichung des Begriffs zu reflektieren; vgl. Koalitionsvertrag 2021–2026 v. 21.12.2016, S. 80, https://www.berlin.de/rbmskzl/regierende-buergermeisterin/senat/koalitionsvertrag/, letzter Zugriff: 24.5.2022.

[11] https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf, 7.12.2021, S. 121, letzter Zugriff: 24.5.2022. Die gleichzeitige – und antidiskriminierungsrechtlich notwendige – Forderung, „sexuelle Identität" als weiteren Diskriminierungsgrund ins Grundgesetz aufzunehmen erweckt den Eindruck, dass die Forderung nach dem Ersatz von „Rasse" möglicherweise politischem Kalkül folgt: Die Diskussion um Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG Grundgesetz wird erneut und bewusst moralisierend angestoßen, um „Rasse" als Bauernopfer einzusetzen und durch die Hintertür die eigentliche Forderung nach der Aufnahme von „sexueller Identität" durchzusetzen. Vgl. die älteren legislativen Versuche und die neu aufgerollte Forderung zur Einfügung von „sexueller Identität" BT-Drs. 17/88; 17/254; 17/472; 19/13123.

[12] *Michael Hardimon*, Four ways of Thinking about Race, Harvard Review of Philosophy 26 (2019), S. 103 (105).

system des Antidiskriminierungsrechts muss sich diese Forderung jedenfalls den Vorwurf gravierender methodischer Nachlässigkeit gefallen lassen. Noch stellt diese rechtspolitische Forderung eine lautstarke Minderheitsmeinung in den Rechtswissenschaften dar. In welche Himmelsrichtung die Nadel sich künftig drehen wird, hängt zuvorderst vom inneren Kompass der heutigen deutschen Verfassungsdogmatik sowie von der intellektuellen Redlichkeit dieser rechtspolitischen – ja inzwischen durch seine Rhetorik populistischen[13] – Debatte ab.

Dringend notwendig erscheint daher eine rassismustheoretische und -analytische Versachlichung dieser antidiskriminierungsrechtlichen Kontroverse, um so den Anschluss an den rassismus- und antidiskriminierungstheoretischen Forschungsstand nicht zu verfehlen.[14] Dies kann nur gelingen, wenn der sozialkonstruktivistische Charakter und der analytische Mehrwert des Diskriminierungsgrunds der Rasse – mit einem interdisziplinären Ansatz – zur Geltung kommen kann.[15] Wichtiger noch sind die verfassungsdogmatischen Unsicherheiten bzw. Vertrübungen, die damit einhergehen, denn mit der Ersetzung durch „rassistisch“ wird zweifelsohne eine völlig unnötige tatbestandliche Veränderung herbeigeführt, die – so die hier vertretene Rechtsauffassung – schlussendlich den Schutzbereich des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG einschränkt.

II. Der neue „Anti-Rasse Antirassismus“

„Antirassismus ist kein Sprechakt (Sara Ahmed). Und Sprachanpassungen sind nie absolut und sie sind nicht abschließend. Ein Kinderbuch ohne das N-Wort macht daraus noch lange kein Paradebeispiel für Antirassismus. Aber: Was wäre das, ein antirassistisches Buch? Ein Buch, das nicht rassistisch ist, oder ein Buch, das Rassismus kritisch analysiert?“[16]

---

[13] Populistisch ist die in den politischen Parteien gängige Anti-Rasse-Position insofern, als sie vereinfachte Sprachlösungen für komplizierte rassismustheoretische und mehrschichtige verfassungsrechtliche Fragestellungen als Teil eines simplistischen, entleerten und moralisierenden „Antirassismus ohne Rasse“ versteht, zum Begriff des Populismus siehe *Herfried Münkler*, Populismus, Eliten und Demokratie. Eine ideengeschichtlich-politiktheoretische Erkundigung, Totalitarismus und Demokratie 8 (2011), S. 195; *Lars Rensmann*, Populismus und Ideologie, in: Decker (Hrsg.), Populismus. Gefahr für die Demokratie oder nützliches Korrektiv?, 2006, S. 59.

[14] Einen Überblick über Fragen der Diversität und Diskriminierung für die Rechtswissenschaft und Rechtsanwendung bietet *Michael Grünberger/Anna Katharina Mangold/Nora Markard/Mehrdad Payandeh/Emanuel V. Towfigh*, Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis: Ein Essay, 2021.

[15] Dass dies gelingen kann, zeigt die Verfassungsdogmatik zum Diskriminierungsgrund Geschlecht, ausführlich dazu *Nora Markard*, Geschlecht, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, 261; *Lena Foljanty/Ulrike Lembke*, Feministische Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 2012.

[16] *Nanna Heidenreich*, Von Sagbarkeit, Sichtbarkeit und Prozessen der Rassisierung, Bildpunkt. Zeitschrift der IG Bildende Kunst (Wien) 28 (2013).

Statt sich mit den theoretisch-analytischen Tiefen des Rassebegriffs auseinanderzusetzen, wird die Forderung nach der Streichung bzw. Ersetzung von Rasse von einem populistischen Verständnis von „Antirassismus ohne Rasse" getragen und von einem wissenschaftlich unhaltbaren Rassismusverständnis vorangetrieben, das das konstitutive Verhältnis zwischen Rassismus und Rasse leichtsinnig ausblendet. Populistisch ist die Forderung deshalb, weil sie für komplexe und anspruchsvolle rassismustheoretische und antidiskriminierungsrechtliche Fragestellungen scheinbar eine einfache und symbolische Lösung zu bieten vermag, um daraus parteipolitisches Kapital zu schlagen. Indes lenkt dies die Aufmerksamkeit von einer Debatte über wirksame Maßnahmen gegen strukturelle bzw. institutionelle[17] Diskriminierung, z. B. bei der Polizei, ab, hin zu einer Scheindebatte über wohlfeile Begrifflichkeiten.[18]

1. Die Allgegenwärtigkeit des Rechtsbegriffs der Rasse

Der populistische Charakter der Forderung nach der Ersetzung von Rasse im Grundgesetz kommt dadurch zum Ausdruck, dass rhetorisch unterschlagen wird, dass Rasse (neben völker- und unionsrechtlichen Antidiskriminierungsvorschriften) in zahlreichen einfachgesetzlichen Normen sehr wohl verankert ist. Wichtige Beispiele sind „Rasse" in § 1 Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) und § 75 Abs. 1 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) sowie „rassische Gruppe"[19] in § 130 StGB (Volksverhetzung). Hier drängt sich die Frage auf, ob es nicht denk- und normlogischer – und auch legislativ – aussichtsreicher wäre, wenn die rechtspolitische Frage nach der Streichung von Rasse zunächst im Hinblick auf die zahlreichen Gesetze stattfinden würde. Erst recht wirkt die 2021 neu aufgegriffene Forderung nach der Streichung oder Ersetzung von Rasse unglaubwürdig, wenn im gleichen Jahr Rasse in adjektivierter Form in das Antidiskriminierungsstrafrecht aufgenommen wird.[20] So wurde im September 2021 das Tatbestandsmerkmal der „rassischen Herkunft" in § 192a StGB in den neuen Straftatbestand der verhetzenden Beleidigung aufgenommen, um besse-

---

[17] Zu den Begriffen des strukturellen und institutionellen Rassismus siehe *Nora Markard* in diesem Band, für eine sozialwissenschaftliche Einführung *Raimund Hasse/Lucia Schmidt*, Institutionelle Diskriminierung, in: Bauer/Bittlingsmayer/Scherr (Hrsg.), Handbuch Bildungs- und Erziehungssoziologie, 2012, S. 883.

[18] Statt vieler *Benjamin Derin/Tobias Singelnstein*, Die Polizei: Helfer, Gegner, Staatsgewalt. Inspektion einer mächtigen Organisation, 2022.

[19] Eingeführt durch das Gesetz zur Änderung des § 130 StGB v. 22.3.2011, BGBl. 2011 I, S. 418, das den Rahmenbeschluss 2008/913/JI des Rates v. 28.11.2008 zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, ABl. L 328/55 umgesetzt hat.

[20] Auf diese rechtspolitischen Unstimmigkeiten macht auch *Tabbara* (Fn. 7), S. 577 (606 f.) aufmerksam.

ren Schutz für Opfer von privat bzw. direkt kommunizierten Beleidigungen zu gewährleisten.[21] Gleichzeitig lässt sich jedoch eine besorgniserregende Entwicklung beobachten, die bereits die ersten negativen Auswirkungen der Rasse-Kontroverse veranschaulicht. So wurde Juli 2021 das sogenannte Lieferkettensorgfaltpflichtengesetz[22] verabschiedet, in dem in § 2 Abs. 2 Nr. 7 LkSG nur noch nationale und ethnische Herkunft als Ungleichheitskategorien aufgelistet sind, von „Rasse" ist keine Spur mehr zu sehen.[23]

Mehr noch, während über eine Verfassung ohne Rasse diskutiert wird, findet eine höchst bedenkliche Regelung Eingang in das Strafverfahrensrecht. So ist es seit der Modernisierung des Strafverfahrensrechts im Jahre 2019 nach § 81e Abs. 2 S. 2 StPO möglich, mit molekulargenetischer Untersuchung die Augen-, Haar- und Hautfarbe festzustellen, wenn unbekannt ist, von welcher Person das am Tatort gefunden Spurenmaterial stammt. Unklar ist, ob hier auf die Hautpigmentierungen oder auf die Hautfarbe als soziale Konstruktion („weiße", „Schwarze", „Gelbe" oder „Asiat*innen" etc.) abgestellt werden soll, um schließlich *nur* eine Wahrscheinlichkeitsaussage über die Hautfarbe der gesuchten Person zu treffen.[24] Außerdem weist die Auswertung der DNA-Spuren eine nicht geringe Fehlerquote auf, die mit dem Risiko einhergeht, dass anschließende Ermittlungen in die falsche Richtung geleitet werden.[25] Entspre-

---

[21] Änderungsgesetz v. 14.9.2021, BGBl. 2021 I, S. 4250.

[22] Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten v. 16.7.2021 (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, LkSG), BGBl. 2021 I, S. 2959.

[23] Hingegen enthält § 2 Abs. 2 Nr. 7 LkSG alle relevanten Kategorien modernen Antidiskriminierungsrechts: „Das Verbot der Ungleichbehandlung in Beschäftigung, etwa aufgrund von nationaler und ethnischer Abstammung, sozialer Herkunft, Gesundheitsstatus, Behinderung, sexueller Orientierung, Alter, Geschlecht, politischer Meinung, Religion oder Weltanschauung, sofern diese nicht in den Erfordernissen der Beschäftigung begründet ist; eine Ungleichbehandlung umfasst insbesondere die Zahlung ungleichen Entgelts für gleichwertige Arbeit.".

[24] Kritisch zu den Methoden der DNA-Untersuchungen sowie hinweisend auf die stigmatisierenden Effekte *Matthias Wienroth/Rafaela Granja/Veronika Lipphardt/Emmanuel Amaoko/Carole McCartney*, Ethics as Lived Practice. Anticipatory Capacity and Ethical Decision-Making in Forensic Genetics, Genes 12 (2021), S. 1 (insb. 9 f.); *Veronika Lipphardt/Mihai Surdu/Nils Ellebrecht/Peter Pfaffelhuber/Matthias Wienroth/Gudrun Rappold*, Europe's Roma people are vulnerable to poor practice in genetics. Commentary, Nature 599 (2021), S. 368, doi: https://doi.org/10.1038/d41586-021-03416-3 (in bestimmten europäischen Staaten wie Bulgarien sind Rom*nja in den DNA-Datenbanken der Strafverfolgungsbehörden überrepräsentiert), letzter Zugriff: 24.5.2022. Wie irreführend und stigmatisierend solche DNA-Untersuchungen in der Phase der Strafverfolgung sein können, war im Fall des sogenannten „Heilbronner Phantoms" zu beobachten. Die Strafverfolgungsbehörden vermuteten aufgrund der DNA-Spuren, dass es sich um eine Frau mit Roma- oder osteuropäischer Herkunft handle, später wurde die Mordtat dem NSU zugerechnet; dazu *Rüdiger Soldt*, DNA-Ermittlungspanne: In die Sackgasse mit Artikelnummer 420180, FAZ v. 27.3.2009.

[25] *Tobias Singelnstein*, Die doppelte Büchse der Pandora: Einführung der erweiterten DNA-Analyse, Verfassungsblog v. 19.11.2019, https://verfassungsblog.de/die-doppelte-buechse-der-pandora/, letzter Zugriff: 24.5.2022.

chend wird befürchtet, dass mit dieser Möglichkeit bereits existierenden rassistischen Vorurteilen Vorschub geleistet wird.[26] So attestiert *Tobias Singelnstein*, dass solchen DNA-Untersuchungen ein erhebliches Potenzial für Diskriminierungen innewohne.[27] Damit drängt sich die Frage nach der Vereinbarkeit dieser Vorschrift mit dem in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG enthaltenen absoluten[28] Anknüpfungsverbot auf, da das Diskriminierungsverbot Schutz vor Benachteiligungen von „Angehörigen strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen"[29] bietet und stigmatisierende[30] Auswirkungen von Gesetzen untersagt.[31] Kritik zur Aufnahme eines solchen biologistischen Konzepts der Hautfarbe, die hier nichts weniger als ein *proxy*[32] für Rasse bedeutet, fehlt in der Debatte um die Ersetzung von Rasse, die sich gerade gegen biologistische Vorstellungen von Rasse richtet. Dass es sich bei dieser Forderung, zumal der sachliche Schutzbereich des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG nicht eingeschränkt werden soll, nicht um eine sachliche Debatte handelt, zeigt ebenso die bewusste Selektivität: Bis heute fehlt in dieser Debatte eine einzige Berücksichtigung und Auseinandersetzung mit dem Wortlaut „rassisch" in Art. 116 Abs. 2 S. 1 GG.[33]

Durch diese neue Form eines „Anti-Rasse Antirassismus" mit populistischen Zügen wird ein verengter diskursiver Raum geschaffen, in dem die Anti-Rasse-Haltung als eine selbstverständliche Folge eines Antirassismus vorgelebt wird. Dieser rassismusanalytisch gravierende Mangel ist keineswegs Zufall, im Gegenteil, er fügt sich nahtlos in eine ohnehin schwach ausgeprägte deutsche

---

[26] Eingehend zu dieser Frage sowie zu verfassungsrechtlichen Bedenken *Lea Pilone*, StPO-Reform und erweiterte DNA-Analyse: Rassistische Diskriminierung durch die Hintertür, Grundmenschenrechtsblog der Humboldt Law Clinic v. 12.12.2019, http://grundundmenschenrechtsblog.de/stpo-reform-und-erweiterte-dna-analyse-rassistische-diskriminierung-durch-die-hintertuer/, letzter Zugriff: 24.5.2022; siehe auch *Cengiz Barskanmaz*, Das strafverfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse. Zugleich Kommentar zu „Strafgerechtigkeit? – Selektivität, Gleichheit und Diskriminierung im Strafrecht" (*Tobias Singelnstein*), in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, 2022 (i. E.).

[27] *Singelnstein* (Fn. 25).

[28] Eingehend auch *Cengiz Barskanmaz*, Rasse und ethnische Herkunft als Diskriminierungskategorien, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, S. 303 (343); *Susanne Baer/Nora Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 433 ff.; *Sigrid Boysen*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2021, Bd. 1, Art. 3 Rn. 183.

[29] BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017, 1 BvR 2019/16, Rn. 59.

[30] So BVerfG, Beschl. v. 4.4.2006, 1 BvR 518/02 – *Rasterfahndung II*, BVerfGE 115, 320, Rn. 108.

[31] Nicht problematisierend *Philipp Reimer*, Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, S. 709 (732).

[32] Der niederländische Gesetzgeber zum Beispiel ist im Kontext von DNA-Untersuchungen unverblümter, er spricht ausdrücklich von Rasse („ras"), vgl. etwa Art. 151d und 195f Wetboek van Strafvordering.

[33] Nur Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes der Bundestagsfraktion der BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (Fn. 6) erwähnt in diesem Zusammenhang auf Seite 2 Art. 116 Abs. 2 S. 1 GG, um „rassisch" wegen dem Zeitraumbezug beizubehalten. Eine ernsthafte Bemühung, auch diese Vorschrift zu ändern, ist nicht zu beobachten.

Rassismusforschung ein, die allzu lange Rassismus ohne das Ordnungsprinzip der Rasse zu analysieren vermochte.[34] Während etwa in den USA (Critical Race Theory), Großbritannien (z.B. die Arbeiten von Robert Miles und Stuart Hall) und auch Frankreich (z.B. Collette Guillaume und Étiénne Balibar) Rasse als Analysekategorie in der Rassismusforschung eine zentrale Rolle spielte, konnte sich diese in den Sozialwissenschaften in Deutschland nicht als eine legitime Analysekategorie etablieren.[35] Diese Linie der Negation und Tabuisierung von Rasse als Analysekategorie führt bis zum heutigen „Antirassediskurs", indem Rasse als „Unwort des Antidiskriminierungsrechts"[36] moralisch verpönt wird. Wenngleich der Rechtsbegriff[37] Rasse zum Beispiel in Frankreich auch diskutiert wird, wurde dieser dort nicht tabuisiert.[38] Im deutschen[39] Kontext hingegen ist zu beobachten, wie sich vor dem Hintergrund der NS-Rassenpolitik eine zwar (emotional) nachvollziehbare Tabuisierung bis heute durchgesetzt hat, diese aber – um mit *Rogers Brubaker* zu argumentieren – Deutschland in der Rassismusforschung nicht weiterführt, solange Rasse als eine wirkmächtige Kategorie weiterhin vorherrschend ist.[40] Eine solche diskursive Anbindung des Begriffs der „Rasse" an den Holocaust ist auch dem Begriff des „Rassismus" widerfahren. Für Rasse fungieren heute ethnische Herkunft[41] und Hautfarbe

---

[34] Vgl. auch *Paul Mecheril/Claus Melter*, Rassismus als machtvolle Unterscheidungspraxis, in: Roth/Anastasopoulos (Hrsg.), Enzyklopädie Erziehungswissenschaft Online, 2011, die Rassekonstruktion in ihre Rassismusanalysen einbeziehen; abrufbar unter https://www.fachportal-paedagogik.de/literatur/vollanzeige.html?FId=1050629, letzter Zugriff: 24.5.2022.

[35] Für eine europäische Rezeption der Critical Race Theory *Mathias Möschel*, Race in Mainland European Legal Analysis. Towards a European Critical Race Theory, Ethnic and Racial Studies 34 (2011), S. 1648.

[36] *Barskanmaz* (Fn. 7), S. 382.

[37] Einen anspruchsvollen und gelungenen Einstieg bietet *Justin Desautels-Stein*, Race as Legal Concept, Columbia Journal of Race and Law 2 (2012), S. 1.

[38] Vgl. die Sonderausgaben „Droit et Société" 108 (2021), Dossier: La Critical Race Theory est-elle exportable en France?; Droit et Société 109 (2021), Penser la race en juriste: lectures critiques, insbes. *Silvia Falconierie/Laetitia Guerlain/Lionel Zevounou*, Les juristes et la race. Analyse critique à partzir de quelques textes (1880–1930), Droit et Société 109 (2021), S. 557; *Pierre-André Taguieff*, „Race": un mot de trop ?: Science, politique et morale, 2018.

[39] Einen kurzen Einstieg in die Potenziale der Critical Race Theory in Deutschland bieten *Johanna Künne*, Critical Race Theory. Eine „andere" Sichtweise im deutschen Recht, Forum Recht 3 (2008), S. 93; *Cengiz Barskanmaz*, Rassismus, Postkolonialismus und Recht – Zu einer deutschen Criticial Race Theory?, KJ 2008, S. 296; mittelbar auch *Iyiola Solanke*, Where are the Black Lawyers in Germany?, in: Eggers/Kilomba/Piesche/Arndt (Hrsg.), Mythen, Masken und Subjekte, 2006, S. 179; *Cengiz Barskanmaz*, Critical Race Theory in Deutschland, Verfassungsblog v. 24.7.2020, https://verfassungsblog.de/critical-race-theory-in-deutschland/, letzter Zugriff: 24.5.2022.

[40] Näher zur Wirkmächtigkeit von Rasse als soziale Konstruktion sogleich unten.

[41] Eindrücklich die Schlussanträge des Generalanwalts Nils Wahl in EuGH, Urt. v. 6.4.2017, Rs. C-668/15 – *Jyske Finans A/S v Ligebehandlingsnævnet*, Rn. 31: „Um Rassismus verhindern und bekämpfen zu können, muss zunächst der Begriff der Rasse selbst definiert werden. Dies ist in modernen Gesellschaften jedoch zunehmend inakzeptabel geworden. Dementsprechend ist das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse im Lauf der Zeit

als Ersatz, und für Rassismus „Ausländer- und Fremdenfeindlichkeit".[42] Rasse und Rassismus wurden teilweise nur im Hinblick auf die nationalsozialistische Vergangenheit als einschlägig betrachtet, wodurch ein gegenwärtiges und strukturelles Verständnis von Rassismus und Rasse erschwert wurde. Allerdings ist in den letzten Jahren eine begriffliche Verdrängung zugunsten eines noch auszuhandelnden strukturellen Rassismusbegriff in der Rechtspolitik zu beobachten.

2. Rassebegriff als ein Grund für fehlende Verfassungsrechtsprechung?

In dem neuen „Anti-Rassismus ohne Rasse" oder „Anti-Rasse-Antirassismus" zirkuliert auch eine gewisse Korrelationsthese[43], wonach die fehlende Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG unter anderem auch auf den vermeintlich aufgeladenen Rassebegriff zurückzuführen sei oder umgekehrt, mit einer Ersetzung durch „rassistisch" die Hoffnung verbunden ist, die Bekämpfung von Rassismus zu fördern. Diese These muss aufgrund ihrer spekulativen Natur im Hinblick auf die Rechtssprache sowie eines unterkomplexen Verständnisses von Rassismus zurückgewiesen werden. Erst recht ist die Hoffnung, das Ersetzen des Rasse-Begriffs würde der Bekämpfung von Rassismus dienen, schlicht empiriewidrig. Bereits ein flüchtiger Blick auf die umfangreiche Rechtsprechung des EGMR zum Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse indiziert die offensichtliche Unhaltbarkeit dieser spekulativen These.[44] Die Rechtsprechung des EGMR zeigt doch eindrucksvoll, dass mit dem Rassebegriff strukturelle

---

vielleicht gegenüber der weniger offensichtlichen und greifbaren Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft in den Hintergrund gerückt, bei der es sich, wie unten in Nr. 35 dargestellt, um eine Form der Diskriminierung aufgrund der Rasse handelt." Zur Problematik der Ersetzung von Rasse durch ethnische Herkunft im US-Amerikanischen Kontext siehe *Ian López*, „A Nation of Minorities": Race, Ethnicity, and Reactionary Colorblindness, Stanford Law Review 59 (2007), S. 985; *Stephen Steinberg*, The Etnic Myth: Race, Ethnicitiy, and Class in America, 2001, S. 254 f.

[42] Dass die Verwendung des Begriffs „Rassismus" politisch nach wie vor möglichst vermieden wird, zeigt sich etwa in der offiziellen Bezeichnung der ersten sogenannten Antirassismusbeauftragten (Reem Alabali-Radovan) der Bundesregierung. Während etwa in der Bezeichnung des „Beauftragten der Bundesregierung für jüdisches Leben in Deutschland und den Kampf gegen *Antisemitismus*" (Felix Klein) und des „Beauftragten der Bundesregierung gegen *Antiziganismus* und für das Leben der Sinti und Roma in Deutschland" (Mehmet Daimagüler) deutliche lexikalische Bezüge zu „Antisemitismus" und „Antiziganismus" vorhanden sind, wird die sogenannte Antirassismusbeauftragte als „Beauftragte der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration" beschrieben.

[43] Etwa *Hendrik Cremer*, Ein Grundgesetz ohne „Rasse", Policy Paper No. 16, DIMR 2010; *Hendrik Cremer*, Das Verbot rassistischer Diskriminierung, Analyse, DIMR 2020; *Kutting/Amin* (Fn. 7), S. 612 (613 ff.); *Tabbara* (Fn. 7), S. 577 (578).

[44] Ausführlich dazu *Cengiz Barskanmaz*, Recht und Rassismus, 2019, S. 277 ff.

Diskriminierungen, etwa mit dem Verbot der mittelbaren Diskriminierung in Art. 14 EMRK, rechtlich wirksam bekämpft werden können. Dies gilt auch für das ICERD, das die Vertragsstaaten verpflichtet, das Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse in nahezu allen gesellschaftlichen Bereichen durchzusetzen.[45] Umgekehrt liegen *bis dato* keine Indizien vor, die die These, wonach der Wortlaut „rassistisch und antisemitisch" im Berliner LADG zu einer besseren Rechtsprechung bzw. wirksameren Bekämpfung von Rassismus beigetragen habe, unterstützen könnten.

Zwar ist der spärliche Befund zur Verfassungsrechtsprechung zum Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse nicht zu verleugnen, allerdings wäre es sprachtheoretisch und rechtssoziologisch grotesk zu behaupten, das Fehlen einer rassismuskritischen Rechtsprechung könne eine Korrelation mit dem Rassebegriff aufweisen. Wer dies wider besseren Wissens behauptet, hat das Terrain empirisch fundierter wissenschaftlicher Erkenntnisse längst verlassen. Schon früh hat *Pierre-André Taguieff* der Anti-Rasse-Position Lexikozentrismus vorgeworfen, weil dem Wort „une puissance magique"[46] zugesprochen werde. Dem ist hinzufügen, dass die Verfassung nicht in ein statisches und geschlossenes Sprachsystem eingebettet ist, sondern und gerade durch ihre interpretatorische Dynamik und Methodenvielfalt von einem menschenrechtlichen Mehrebenensystem gekennzeichnet ist, wodurch weitere antidiskriminierungsrechtliche Interpretationsräume eröffnet werden. Stattdessen wird der Rassebegriff allzu leichtfertig auf ein Überbleibsel nationalsozialistischen Gedankenguts reduziert, also durch Historisierung zu einem rassistischen Begriff stilisiert.

Im Endergebnis führt die rechtspolitische Forderung nach der Beseitigung bzw. Ersetzung von Rasse zu einer Dramaturgie, die sich nach der Ermordung von Georg Floyd und der Anschläge in Hanau zu einem weiteren grandiosen Akt des Antirassismus auf der großen Bühne inszeniert, indem sie vorgibt, durch die Ersetzung von Rasse eine sprachliche Aufwertung des Antidiskriminierungsrechts zu bewirken. Dieser diskursiven Rhetorik liegt ein Amalgam aus einem verkürzten Verständnis des Antidiskriminierungsrechts gegen Rassismus und einer unterkomplexen Rassismuskritik zugrunde, welche die feinen, aber wichtigen Unterschiede zwischen einem antirassistischen und rassismuskritischen Ansatz aus dem Auge verliert. Der sog. antirassistischen Haltung wohnt die Illusion inne, dass Rassismus mit dieser Änderung des Antidiskriminierungsrechts überwunden werden könne. Eine rassismuskritische Perspekti-

---

[45] *Mehrdad Payandeh* in diesem Band.

[46] *Pierre-André Taguieff*, Du racisme au mot „race": comment les éliminer?, Mot 33 (1992), S. 215 (238); zum französischen Kontext, siehe auch Conseil Constitutionnel, Urt. v. 15.11.2007 (CC 2007–557 DC), die die statistische Verwendung von Rasse (und ethnischer Herkunft) verfassungsrechtlich unterbindet; kritisch *Mathias Möschel*, Race Judicata. The Ban on the use of Ethnic and Racial Statistics in France, European Constitutional Law Review 5 (2009), S. 197.

vierung des Antidiskriminierungsrechts erfasst Rassismus hingegen als ein strukturelles Phänomen, das mit einem kategorienbasierten Antidiskriminierungsrecht nur begrenzt bekämpft werden kann. Das Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse kann jedoch Schutz nur vor bestimmten benachteiligenden Rassialisierungen bieten.[47] Aus diesem Grund ist der verfassungsändernde Gesetzgeber gut beraten, die kategorienbasierte Struktur des Antidiskriminierungsrechts mit „Rasse“ beizubehalten, um so die Vermengung sozialwissenschaftlicher Konzepte wie Rassismus mit juristischen Kategorien im Verfassungsrecht zu vermeiden.[48] Schließlich zeigt ein Blick über den deutschen Tellerrand, dass es sich bei der Wortbildung „rassistische Diskriminierung“ um eine spezifisch deutsche Schöpfung handeln dürfte. In anderen Sprachen wird konsequent von „racial discrimination“, „discrimination raciale“, etc. also „rassische Diskriminierung“ gesprochen.

3. Rechtssoziologische Gesichtspunkte

Für die Bekämpfung struktureller Diskriminierung aufgrund der Rasse wäre eine rechtssoziologisch fundierte rechtspolitische Diskussion viel dienlicher. Aus rechtssoziologischer Perspektive lässt sich die fehlende Verfassungsrechtsprechung zum Rassebegriff etwa als eine Problematik der Rechtsmobilisierung gegen rassische bzw. ethnische Diskriminierung thematisieren. So haben zum Beispiel *Hubert Rottleuthner* und *Matthias Mahlmann* in einer explorativen Studie zeigen können, dass, obwohl ethnische Diskriminierungen als die häufigste Diskriminierungsform registriert wurden, in diesem Bereich die wenigsten Fälle von Mobilisierung des Antidiskriminierungsrechts vorliegen.[49] Gerade die zahlreichen strategischen Prozessführungen gegen die strukturelle Diskriminierung von Roma in osteuropäischen Staaten bezeugen, dass ohne eine gut organisierte und durchdachte Rechtsmobilisierung das Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse nur ein Papiertiger bleibt.[50] Seit zwei Jahrzehnten führen etwa die transnational agierenden Menschenrechtsorganisationen

---

[47] Dazu sogleich unten.

[48] Siehe jedoch den neu eingefügten Anh. 7a der Verfassung des Landes Brandenburg:
„Artikel 7a (Schutz des friedlichen Zusammenlebens)
(1) Das Land schützt das friedliche Zusammenleben der Menschen und tritt Antisemitismus, Antiziganismus sowie der Verbreitung rassistischen und fremdenfeindlichen Gedankenguts entgegen.
(2) Das Land fördert das jüdische Leben und die jüdische Kultur.“

[49] *Hubert Rottleuthner/Matthias Mahlmann*, Diskriminierung in Deutschland – Vermutungen und Fakten, 2011, S. 395 f., 415 f.

[50] Instruktiv *James Goldston*, The Struggle for Roma Rights. Arguments that have Worked, Human Rights Quarterly 32 (2010), S. 311.

European Roma Rights Center und Open Society Foundations unnachgiebig strategische Prozessführung gegen strukturelle rassische Diskriminierung.[51]

III. Eine Skizze verfassungsrechtlicher Rechtsprechung

Umgekehrt dürfte als Erklärung für das konstitutionelle Schattendasein des Diskriminierungsmerkmals der Rasse vielmehr die jahrzehntelang fehlende „Antidiskriminierungskultur“[52] in der deutschen Rechtsanwendung sowie ein fehlendes Rechtsbewusstsein[53] für Rassismus plausibel erscheinen. Exemplarisch für verfassungsgerichtliche Unzulänglichkeiten können zwei Kammerbeschlüsse des Bundesverfassungsgerichts herangeführt werden: der Aktion-Ausländerrückführung-Beschluss[54] der 1. Kammer des Ersten Senats sowie der Russlanddeutsche-Kammerbeschluss[55] der 3. Kammer des Zweiten Senats.

Im Fall „Aktion Ausländerrückführung“ musste das BVerfG über den volksverhetzenden Charakter von großen Plakaten mit der Aufschrift „Ausländerrückführung – Für ein lebenswertes deutsches Augsburg“ des Vereins „Augsburger Bündnis – Nationale Opposition“ urteilen und kam zu dem Ergebnis, dass dieser Inhalt noch von der Meinungsfreiheit geschützt sei. Hingegen sahen die Instanzgerichte den Straftatbestand der Volksverhetzung als erfüllt an. Die von den Fachgerichten angenommene Verletzung der Menschenwürde war dem BVerfG nach zu verneinen, da sie nicht der strengen vermeintlich objektiven Sinnermittlung entspreche.[56] Hier lohnt es sich durchaus, dem BVerfG selbst das Wort zu übergeben, wonach das Plakat vielmehr auch so gedeutet werden könne,

---

[51] Prominentes Beispiel und großer Sieg ist etwa die Grundsatzentscheidung EGMR (GK), Urt. v. 13.11.2007, Nr. 57325/00 – *D.H. u. a./Tschechien*.

[52] So der Titel einer von der Antidiskriminierungsstelle des Bundes 2010 durchgeführten Fachtagung, https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/Dokumente_ohne_anzeige_in_Publikationen/veranstaltungsbericht_vielfalt_leben_gleichheit_herstellen.pdf?__blob=publicationFile&v=1, letzter Zugriff: 24.5.2022; für eine liberale demokratietheoretische Herleitung des Antidiskriminierungsrechts *Anna Katharina Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, insbes. 397ff.; siehe auch *Susanne Baer*, Ende der Privatautonomie? ZRP 2002, S. 290ff., die die Resistenz gegenüber einem effektiven Antidiskriminierungsrecht innerhalb der Rechtsanwendung und -wissenschaft kritisiert.

[53] Einführend *Susan Silbey*, Legal Consciousness, in: Cane/Conaghan (Hrsg.), New Oxford Companion to Law, 2008; *Marc Hertogh*, A ‚European‘ Conception of Legal Consciousness: Rediscovering Eugen Ehrlich, in: Journal of Law and Society, 31 (2004), S. 457; *Lauren Nielsen*, Situating Legal Consciousness: Experiences and Attitudes of Ordinary Citizens about Law and Street Harassment, in: Law & Society Review 34 (2000), S. 1055.

[54] BVerfG, Beschl. v. 4.2.2010, 1 BvR 369/04 – *„Aktion Ausländerrückführung“*.

[55] BVerfG, Beschl. v. 2.4.2003, 2 BvR 424/03 – *Russlanddeutsche*, BVerfGK 1, 101.

[56] Ähnlich verneinte das Bundesverfassungsgericht in BVerfG, Beschl. v. 25.3.2008, 1 BvR 1753/03 – *Heimatvertriebenenlied*, Rn. 39 eine Verletzung der Menschenwürde.

„dass ein Rückführungsprogramm gegenüber Ausländern lediglich als Beitrag zu einem breiter und allgemeiner verfolgten Ziel, nämlich der Schaffung einer ‚lebenswerten deutschen Stadt' verstanden wird, wobei Ausländer zwar als Problem, nicht aber notwendig als verächtlich hingestellt werden. Zutreffend hat das Landgericht diesbezüglich zwar eine *ausländerfeindliche* Stoßrichtung […] herausgearbeitet. Diese widerspricht auch ohne Zweifel der für die freiheitliche demokratische Grundordnung *grundlegenden Erwartung einer Toleranz der deutschen Bevölkerung gegenüber Ausländern*. Das Strafgesetzbuch stellt aber nicht schon ausländerfeindliche Äußerungen als solche unter Strafe".[57] (Herv. d. Verf.)

Des Weiteren lasse sich dem BVerfG zufolge aus dem bloßen Wortlaut des Plakates *nicht* ableiten, dass

„Ausländer unter Missachtung des Gleichheitssatzes als unterwertig dargestellt würden und ihnen das Lebensrecht in der Gemeinschaft bestritten werde. […] In dem […] Plakat [wird] nicht die Minderwertigkeit von Ausländern ausgesprochen […]. Eine solche Zuschreibung ergibt sich auch nicht aus der *Bezeichnung ‚Ausländer'* in dem Wort ‚Ausländer-Rück-Führung', das dem Begriffspaar ‚deutsches Augsburg' und ‚lebenswert' gegenübergestellt wird. Die Worte ‚Aktion Ausländerrückführung' sagen dies ebenfalls nicht aus. […] Der Wortkombination ist daher nicht ohne weiteres zu entnehmen, dass Ausländer entrechtet oder zum Objekt gemacht werden sollen beziehungsweise als rechtlos oder Objekt angesehen werden."[58] (Herv. d. Verf.)

Es ist indes fragwürdig, wenn das BVerfG einräumt, die Fachgerichte hätten in der Äußerung die „ausländerfeindliche Stoßrichtung" zwar zu recht erkannt, die Äußerung aber nicht verfassungsrechtlich beanstandet, mit der Begründung, dass „ausländerfeindliche" Äußerungen als solche nicht unter Strafe stünden, weil diese an sich bereits nach § 130 Abs. 1 StGB den Tatbestand der Gefährdung des öffentlichen Friedens in einer pluralen und demokratischen Gesellschaft erfüllten und die Menschenwürde der „Ausländer" verletzten.[59] Dem BVerfG gelingt es durch das Kriterium des „objektiven Sinngehalts" nicht, die Performativität von Sprechakten – und in diesem Fall von rassistischen Hassreden – und die davon ausgehenden schädlichen Effekte für die Betroffenen in die Würdigung einfließen zu lassen.[60] Dem BVerfG ist insofern vorzuhalten, bei der Würdigung die Bedeutung und Wirkung von „Ausländerfeindlichkeit" als Rassismus verkannt zu haben: Dass nämlich der Begriff „Ausländerfeindlichkeit" im Kontext der Bundesrepublik für eine gewaltvolle Tradition von Brand-

---

[57] BVerfG, Beschl. v. 4.2.2010, 1 BvR 369/04 – *„Aktion Ausländerrückführung"*, Rn. 36.

[58] BVerfG, Beschl. v. 4.2.2010, 1 BvR 369/04 – *„Aktion Ausländerrückführung"*, Rn. 36.

[59] So bereits in BVerfG, Beschl. v. 7.4.2001, 1 BvQ 17/01 u. a. – *„Herren-im-eigenen-Land"*, NJW 2001, S. 2072 (2073).

[60] Grundlegend *John Austin*, How to Do Things with Words, 1975 für eine sozialwissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Kritik der Performativität und einer rechtspolitischen Kritik an restriktiver Gesetzgebung gegen Hassrede; siehe *Judith Butler*, Excitable Speech, 1997; hingegen EuGH, Urt. v. 10.7.2008, Rs. C-54/07 – *Feryn*, laut dem die öffentliche Aussage eines Arbeitgebers, er werde „Marokkaner" nicht einstellen, als Diskriminierung im Sinne des Art. 2 Abs. 2 lit. a. Rasserichtlinie darstelle.

anschlägen, Ermordungen und Übergriffen auf sogenannte rassialisierte[61] „Ausländer“ steht.[62] So wie die Verwendung der Bezeichnung „Jude“ in einem Post-Holocaust-Kontext eine erhöhte Sensibilität fordert, so fordert auch die Verwendung der Bezeichnung „Ausländer“ eine stärkere Berücksichtigung im Rahmen einer strafrechtlichen Würdigung.[63] Dass im Postholocaust Deutschland nach wie vor eine Hierarchie der verletzlichen Gruppen bestrebt, zeigt der 2022 eingefügte Art. 7a Abs. 2 Landesverfassung eindrücklich: „(2) Das Land fördert das jüdische Leben und die jüdische Kultur.“

Im Russlanddeutsche-Beschluss[64] wurde einer strafrechtlich verurteilten Person russlanddeutscher Herkunft ein Antrag auf Strafbewährung aufgrund seiner russlanddeutschen Herkunft von den Instanzgerichten nicht stattgegeben.[65] Das BVerfG verneinte bereits bei der Zulässigkeitsprüfung eine Benachteiligung auf Grund der Rasse und beanstandete die Verweigerung der Bewährungsstrafe auf Grund von „tatsächliche[n] Erfahrungen“ nicht.[66] Diese Rechtfertigung der Ungleichbehandlung aufgrund der „tatsächlichen Erfahrungen“[67] überzeugt schon deshalb nicht, weil sie keine Einzelfallprüfung zugrunde legt und so eine pauschalisierte Abwertung von „Russlanddeutschen“ als Kollektiv ermöglicht. Zudem wird aus dem Beschluss ebenso wenig ersichtlich, welcher kollidierende Verfassungswert die Ungleichbehandlung rechtfertigen könnte. Kurz gesagt steht diese Rechtsprechung weit hinter den strengen Rechtfertigungsanforderungen des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG.[68] Darüber hinaus hält der Kammerbeschluss auch einer völkerrechtsfreundlichen Interpretation des Grundgesetzes nicht stand. So rügte der EGMR in dem ähnlich gelagerten Fall Paraskeva Todorova[69] die Entscheidungen bulgarischer Gerichte, weil dem An-

---

[61] *David Goldberg*, Call and Response, Patterns of Prejudice 44 (2010), S. 89 (100) spricht von „racial codes“.

[62] Vgl. auch *Susanne Baer*, Recht gegen Fremdenfeindlichkeit und andere Ausgrenzungen, ZRP 2001, S. 500 die auf den strukturellen und alltäglichen Charakter von Diskriminierungen aufmerksam macht und für einen umfassenden Schutz vor Diskriminierung plädiert.

[63] BVerfG, Beschl. v. 6.9.2000, 1 BvR 1056/95, Rn. 41, NJW 2001, S. 61: „Die in der Zeit des Nationalsozialismus erfolgte menschenverachtende Art der Stigmatisierung von Juden als Juden und die damit implizit verbundene Aufforderung an andere, sie zu diskriminieren und zu schikanieren, gebieten auch heute eine besondere Sensibilität im Umgang mit der Bezeichnung eines anderen als Juden. Das ist auch bei der Deutung einer Äußerung im Rahmen einer strafrechtlichen Beurteilung zu berücksichtigen.“

[64] BVerfG, Beschl. v. 2.4.2003, 2 BvR 424/03 – *Russlanddeutsche*, BVerfGK 1, 101, Rn. 2.

[65] OLG Frankfurt, Beschl. v. 31.1.2003 – Ws 131/03; vorliegend war das OLG der Ansicht, es stehe einer „günstigen Sozialprognose“ entgegen, dass der Verurteilte „ausschließlich Kontakte zu Russlanddeutschen“ unterhielte und dies eine „wesentliche und zwar prognostische ungünstige Bedeutung“ habe.

[66] BVerfG, Beschl. v. 2.4.2003, 2 BvR 424/03 – *Russlanddeutsche*, BVerfGK 1, 101, Rn. 2.

[67] Das Bundesverfassungsgericht bezieht sich dabei auf die Studie der ehemaligen Leiterin des Kriminologischen Dienstes in Baden-Württemberg Dr. Gabriele Dolde; *Gabriele Dolde*, Spätaussiedler – „Russlanddeutsche“ – ein Integrationsproblem, ZfStrVO 2002, S. 146.

[68] Vgl. zur ausführlichen Argumentation: *Barskanmaz* (Fn. 44), S. 316 ff.

[69] EGMR, Urt. v. 25.3.2010, Nr. 37193/07 – *Paraskeva Todorova/Bulgarien*.

trag des Beschwerdeführers auf Aussetzung der Freiheitsstrafe auf Bewährung aufgrund seiner Roma-Herkunft nicht stattgegeben wurde.[70] Der EGMR sah in diesem Fall eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund der Rasse, die nicht zu rechtfertigen sei, zumal der Beschwerdeführer alle Bedingungen für eine Strafbewährung erfüllte und diese einem Nicht-Roma mit Sicherheit zugesprochen worden wäre. Schließlich zeigt dieser Kammerbeschluss eindrücklich, dass im deutschen Kontext Fälle von Rassismus möglich sind, bei denen „Weißsein“ und „Deutschsein“ nicht konvergieren müssen. Verfassungsrechtlich gelten Russlanddeutsche zwar als ethnische Deutsche (Art. 116 Abs. 1 GG), sie werden aber trotzdem im Zuge eines antislawischen Rassismus diskriminiert und als „Russen“ bezeichnet.[71]

Kontrastiert man diese beiden Kammerbeschlüsse mit neueren Entscheidungen des BVerfG, etwa mit dem „Ugah-Ugah“-Kammerbeschluss[72] oder auch dem Grundsatzurteil[73] zum Verbot der NPD, lässt sich durchaus eine bedeutende rassismuskritische Kehrtwende feststellen.[74] Im Ergebnis überzeugend ist der „Ugah-Ugah“-Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats jedenfalls, denn sie stellt fest, dass aus dem Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse die Verpflichtung folgt, vor Diskriminierungen durch staatlichen Handlungen sowie solchen, die von Privatpersonen ausgehen, Schutz zu bieten. Diese Schutzpflicht leitet die Kammer[75] aus dem menschenwürdeverletzenden Charakter der Diskriminierung aufgrund der Rasse ab. Im Beschluss hat die 3. Kammer zudem die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte, wonach Privatrechtsbeziehungen über die zivilrechtlichen Generalklauseln (§§ 138, 242 826 BGB)

---

[70] Die bulgarischen Gerichte begründeten diese Entscheidung mit der Annahme, dass besonders unter den Roma ein Gefühl der Straflosigkeit herrsche, weshalb die Verurteilung zu einer Bewährungsstrafe in der Wahrnehmung der Minderheitsgruppen gar keine Verurteilung darstellen würde und dies im Widerspruch zum generalpräventiven Zweck der Strafnorm stünde, EGMR, Urt. v. 25.3.2010, Nr. 37193/07 – *Paraskeva Todorova/Bulgarien*, Rn. 10, 34, 40.

[71] *Barskanmaz* (Fn. 44), S. 384 und auch S. 316 ff.: „Russlanddeutsche können von ethnischer Diskriminierung deshalb betroffen sein, weil sie als eigenständige, ethnische Gruppe sozial konstruiert werden. Dies zu verkennen, würde den Schutzgehalt antidiskriminierungsrechtlicher Vorschriften aushöhlen und den traditionsreichen Ausprägungen des antislawischen Rassismus nicht gerecht.“

[72] BVerfG, Beschl. v. 2.11.2020, 1 BvR 2727/19 – *„Ugah-Ugah“*.

[73] BVerfG, Urt. v. 17.1.2017, 2 BvB 1/13 – *NPD-Verbot*, BVerfGE, 144, 20.

[74] Erwähnung finden sollten außerdem auch folgende rassismusrelevante Entscheidungen: BVerfG, Beschl. v. 14.2.1968, 2 BvR 557/62 – *NS-Ausbürgerung II*, BVerfGE 23, 98, 107 (Nichtigkeit nationalsozialistischen Rechts weil Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG); BVerfG, Beschl. v. 4.4.2006, 1 BvR 518/02 – *Rasterfahndung II*, BVerfGE 115, 320 (stigmatisierende und diskriminierende Wirkungen von Rasterfahndung auf Muslim*innen); BVerfG, Beschl. v. 28.1.2013, 1 BvR 274/12 – *Prozesskostenhilfe*, BVerfGK 20, 187 (Ungleichbehandlung aufgrund der Sprache als mögliche ethnische Diskriminierung); BVerfG, Beschl. v. 24.9.2009, 2 BvR 2179/09 – *„Polen-Invasion“*, NJW 2009, S. 3503 (Abbildung von Polen als Tiere menschenwürdeverletzend).

[75] BVerfG, Beschl. v. 2.11.2020, 1 BvR 2727/19 – *„Ugah-Ugah“*, Rn. 18.

am Maßstab des Diskriminierungsverbots zu messen sind, ein weiteres Mal bekräftigt. Somit hat das Benachteiligungsverbot aufgrund der Rasse Auswirkungen auf die gesamte Rechtsordnung und entfaltet eine objektiv-rechtliche Wirkung.[76] Diese, auch durch die starke Bezugnahme auf die Menschenwürde herbeigeführte Bedeutungsaufwertung[77] des Diskriminierungsverbots, dürfte bei kollidierenden Verfassungsgütern künftig stärker berücksichtigt werden müssen. Eine solche Aufwertung der Gleichheitsdogmatik hat das BVerfG auch mit dem Triage-Beschluss[78] herbeigeführt, in dem das Gericht dem Diskriminierungsverbot (aufgrund der Behinderung) mit einer völkerrechtsfreundlichen Interpretation eine abwehrrechtliche Funktion, einen Förderauftrag zur gleichberechtigten Teilhabe, einen Schutzauftrag einschließlich einer Schutzpflicht und eine objektive Wertentscheidung entnimmt.[79]

So begrüßenswert die Konsolidierungsansätze antidiskriminierungsrechtlicher Konturen auch sein mögen, so ist dennoch zu beobachten, dass die Kammer im „Ugah-Ugah"-Beschluss an einer entscheidenden Stelle dogmatisch ungenau wird, etwa wenn die Bezeichnung „rassistische Diskriminierung" verwendet wird.[80] Strikt genommen kann nur „rassische Diskriminierung" das treffende lexikalische und semantische Äquivalent von „Diskriminierung aufgrund der Rasse" sein.[81] Wird durch diese Interpretation von Diskriminierung aufgrund der Rasse als „rassistische Diskriminierung" die Forderung nach der Ersetzung von Rasse durch „rassistisch" gerade nicht obsolet? Schließlich führt das BVerfG vor, dass das Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse zweifelsohne Schutz vor rassistischen Äußerungen von Privaten (wie im „Ugah-Ugah"-Fall) als auch allgemein vor „rassistischer Diskriminierung" biete, und zwar ohne dass „rassistisch" im Wortlaut des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG enthalten ist.

Um genauer zu sein, hat das BVerfG die Bezeichnung „rassistische Diskriminierung" erstmalig und bereits in seinem NPD-Verbot-Urteil verwendet: „antisemitische oder auf rassistische Diskriminierung zielende Konzepte"[82] seien

---

[76] Bereits *Susanne Baer/Nora Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 415.

[77] So zutreffend *Mehrdad Payandeh*, Verfassungsrechtliche Konturierung des Verbots rassistischer Diskriminierung, NVwZ 2021, S. 1830 (1833).

[78] BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021, 1 BvR 1541/20 – *Triage*.

[79] Eine Kurzkommentierung bietet *Mathias Hong*, Die Corona-Triage und das Verbot der Diskriminierung wegen der Behinderung als Schutzpflicht, Verfassungsblog v. 30.12.2021, https://verfassungsblog.de/die-corona-triage-und-das-verbot-der-diskriminierung-wegen-der-behinderung-als-schutzpflicht/, letzter Zugriff: 24.5.2022.

[80] Zuletzt BVerfG, Beschl. v. 2.11.2020, 1 BvR 2727/19 – *„Ugah-Ugah"*, Rn. 11; siehe auch Art. 12 Abs. 2 der Verfassung des Landes Brandenburg, in der eine Benachteiligung oder Bevorzugung aus „rassistischen Gründen" untersagt wird; nach § 1 des Landesantidiskriminierungsgesetzes des Landes Berlin ist eine Diskriminierung aufgrund einer „rassistischen Zuschreibung" verboten.

[81] Zustimmend *Payandeh* (Fn. 77), S. 1830.

[82] BVerfG, Urt. v. 17.1.2017, 2 BvB 1/13 – *NPD-Verbot*, BVerfGE, 144, 20, Rn. 541.

mit der Menschenwürde und dem Diskriminierungsverbot nicht vereinbar und verstießen gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung, so das BVerfG. Die enge Verbindung zwischen der Menschenwürde und dem Diskriminierungsmerkmal Rasse fasst das BVerfG wie folgt zusammen: „Menschenwürde ist egalitär, sie gründet ausschließlich in der Zugehörigkeit zur menschlichen Gattung, unabhängig von Merkmalen wie Herkunft, Rasse, Lebensalter oder Geschlecht."[83] Mit dieser Feststellung dürfte jeder Versuch, den Begriff der Rasse in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG auf der Grundlage der Existenz unterschiedlicher Rassen zu interpretieren, ausscheiden, zumal Rassentheorien immanent gleichheitswidrig sind, da sie ausnahmslos eine Rangordnung zwischen vermeintlichen Rassen voraussetzen. Es mag durchaus stimmen, dass der Verfassungsgeber 1949 nicht frei von biologischen Rassevorstellungen war. Das menschwürdeaufgeladene Gleichheitsversprechen des Grundgesetzes ermöglicht es jedoch nach heutigem Kenntnisstand, Rasse als eine sozial wirkmächtige Konstruktion zu verstehen.[84] Genau hierin liegt auch der Unterschied zwischen dem Unrechtsbegriff von Rasse in den Nürnberger Rassengesetzen und dem gleichheitsbezogenen Rassebegriff des Grundgesetzes.[85] Während die Nürnberger Rassengesetze ein Beispiel für Rassismus im und durch Recht darstellen, vergegenständlicht der Verfassungsbegriff der Rasse sich im Tatbestand des Diskriminierungsverbots als Herzstück eines postnationalsozialistischen Grundgesetzes und Antidiskriminierungsrechts.[86] Im NPD-Verbot-Urteil hebt der Zweite Senat einmal mehr die Bedeutung des Holocausts für das Grundgesetz hervor. So konstatiert der Senat, dass aus dem verfassungsrechtlichen Gegenentwurf zum Nationalsozialismus „kein allgemeines antinationalsozialistisches Grundprinzip"[87] abgeleitet werden könne. Dass der Nationalsozialismus für die Verfassung „eine gegenbildlich identitätsprägende Bedeutung [hat], die einzigartig ist"[88] hatte das BVerfG bereits in seinem Wunsiedel-Beschluss aufgeführt. An dieser Stelle lässt sich kritisch fragen, ob das BVerfG hier einen deutschen Exzeptionalismus fortschreibt, und wenn ja, welche Konsequenzen dies für heutige Verständnisse v. Rassismus und Antisemitismus haben kann.

---

[83] BVerfG, Urt. v. 17.1.2017, 2 BvB 1/13 – *NPD-Verbot*, BVerfGE, 144, 20, Rn. 541.

[84] *Mathias Hong*, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, 2019, S. 315–318; *Doris Liebscher*, Rasse im Recht, 2021, S. 338 f.

[85] Eingehend *Barskanmaz* (Fn. 7), S. 382 (383 f.).

[86] Einen rechtshistorischen Überblick bietet *Liebscher* (Fn. 84), S. 372 ff.

[87] BVerfG, Urt. v. 17.1.2017, 2 BvB 1/13 – *NPD-Verbot*, BVerfGE, 144, 20, Rn. 596.

[88] BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009, 1 BvR 2150/08 – *Wunsiedel*, BVerfGE 124, 300, 321–328.

IV. Deutscher Exzeptionalismus

Als Deutschen Exzeptionalismus bezeichne ich die implizite sowie zum Teil explizite ideologische Konstruktion des deutschen Kontextes sowie des „deutschen Rassismus“ als ein historiographisch exzeptionelles Phänomen.[89] Dabei dient der Holocaust als genealogischer Referenzpunkt[90] dieser postnationalsozialistischen Konstruktion.[91] Aus der Singularität des Holocaust folgt die scheinbar evidente Annahme der Exzeptionalität des „deutschen Kontextes“ und folglich des „deutschen Rassismus“. Diese Lesart des „deutschen Kontextes“ – der im Wunsiedel-Beschluss[92] des BVerfG sowie im PETA-Urteil[93] des EGMR zu begegnen ist – läuft Gefahr, nur den deutschen Kontext als einen Post-Holocaust-Kontext aufzufassen. Es wird suggeriert, dass der „deutsche Kontext“ nicht zu vergleichen, geschweige denn mit anderen Kontexten gleichzusetzen sei. Insofern riskiert dieser Ansatz, nicht über eine deutschzentrierte Rassismuskritik hinausgehen zu können. Es ist diese Ideologie, die heute die diskursiven Räume in der Rassismusforschung so einengt, dass es kaum möglich wird, Rasse wieder als eine valide Kategorie in die Sozialwissenschaften und die gesellschaftspolitischen Debatten einzuführen, denn „Rasse“ wird im

---

[89] Siehe auch *Christian Koller*, Made in Germany. Without „Sonderweg“ to a „Rupture in Civilisation“, in: Hund/Koller/Zimmermann (Hrsg.), Racisms Made in Germany, 2011, S. 9 (30 f.), der aufgrund einer Historisierung des „deutschen Rassismus“ zu dem Ergebnis kommt, dass die Ansicht, der deutsche Rassismus habe einen Sonderweg eingeschlagen, – so wie die These des deutschen Sonderwegs auch – schlicht nicht haltbar ist.

[90] Die Theorie des deutschen Exzeptionalismus als Ideologie ist nicht zu verwechseln mit der inzwischen diskreditierten historiographischen These des deutschen Sonderwegs, vgl. *Helmuth Plessner*, Die verspätete Nation, 1974; *Hans-Ulrich Wehler*, „Deutscher Sonderweg“ oder allgemeine Probleme des westlichen Kapitalismus?, Merkur 5 (1981), S. 478. Im Gegensatz zur sogenannten Sonderwegsthese, bei der es um die Frage nach den historisch-ideologischen Vorbedingungen, die zum Holocaust geführt haben, geht, stellt der Holocaust eher den Anfangspunkt des „deutschen Exzeptionalismus“ dar. Dazu eindrücklich *Georg Steinmetz*, German Exceptionalism and the Origins of Nazism: The Career of a Concept, in: Kershaw/Lewin (Hrsg.), Stalinism and Nazism: Dictatorships in Comparison, 1997, S. 251 (274), der auf die Vermischung geschichtswissenschaftlicher Thesen mit politischen Ideologien in der Nachkriegszeit aufmerksam macht. Mit „German exceptionalism“ verweist Steinmetz jedoch spezifisch auf die Sonderwegthese. Vgl. auch *Gabriele Dietze*, Deutscher Exzeptionalismus, 2016, die den Begriff im Kontext eines moralisierenden sexuellen Exzeptionalismus in Migrationsdiskursen nach 2015 verwendet, https://transversal.at/blog/Deutscher-Exzeptionalismus?hl, letzter Zugriff: 24.5.2022.

[91] Zu einem genealogisch fundierten Begriff des deutschen Exzeptionalismus, siehe *Anna Danilina*, Shaping Aryan Race. Affect and Embodiment in the Voelkisch Movement (1900/1935), Body Politics, Zeitschrift für Körpergeschichte 5 (2017), S. 71 (111).

[92] BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009, 1 BvR 2150/08 – *Wunsiedel*, BVerfGE 124, 300, 321–328.

[93] EGMR, Urt. v. 8.11.2012, Nr. 43481/09 – *Peta Deutschland/Deutschland*, Rn. 49, in welchem der EGMR den besonderen historischen und sozialen Zusammenhang in Deutschland beim untersagten Vergleich von gequälten Tieren mit KZ-Häftlingen betont; kritisch dazu das Sondervotum von *Boštjan M. Zupančič*, beigetreten durch *Dean Spielmann*, das der Mehrheitsmeinung eine länderspezifische Relativierung für unzulässige Holocaustvergleiche vorwirft.

deutschen Exzeptionalismus nahezu nur auf nationalsozialistischen Rassenwahn indexiert. Stattdessen wird auf Ersatzworte wie ethnische Herkunft[94] oder Hautfarbe[95] ausgewichen. Ein genaueres Hinsehen zeigt jedoch, dass Hautfarbe historisch nicht mehr als ein rassentheoretisches Konstrukt ist, sodass Hautfarbe keine „nackte Tatsache", sondern – wie Rasse selbst – eine soziale und ideologische Konstruktion ist.[96] Rassentheoretisch war die Hautfarbe schon immer Gegenstand von Rassialisierung, sie ist sogar die rassische Kategorie *par excellence*.[97] Daher versteht das ICERD unter rassischer Diskriminierung auch die Diskriminierung aufgrund der Hautfarbe (Art. 1 ICERD). Der deutsche Exzeptionalismus führt so eine epistemische Sperre herbei, die es unmöglich macht, das sehr intime Verhältnis von Rasse und Hautfarbe analytisch zu durchdringen. Durch eine solche diskursive Entkoppelung der Hautfarbe von Rasse wird es zudem verfassungsrechtlich schwerer greifbar, eine etwaige Strafverfolgungsmaßnahme, die sich auf DNA-Untersuchungen nach der Hautfarbe stützt, als eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung aufgrund der Rasse zu interpretieren.[98]

Mithin wird es im deutschen Exzeptionalismus nahezu unmöglich, Rasse über den Nationalsozialismus hinaus zu denken und auch die kolonialen Spuren von Rasse bis heute sichtbarzumachen.[99] Dabei leisteten die neuen wissenschaftlichen Disziplinen, allen voran die Eugenik und Anthropologie, einen entscheidenden Beitrag zur diskursiven Konstruktion des kolonialisierten Anderen. Der Kolonialismus wurde wiederum als praktischer Beweis für die Richtigkeit der sozialdarwinistischen eugenischen Erkenntnisse herangezogen. Inzwischen sind zumindest die Überschneidungen zwischen nationalsozialisti-

---

[94] Eingehend *Doris Feldmann/Jochen Hoffmann/Annette Keilhauer/Renate Liebold*, „Rasse" und „ethnische Herkunft" als Merkmale des AGG, RW 2018, S. 24; *Barskanmaz* (Fn. 28), S. 303 (309 f.).

[95] Siehe dazu *Susan Arndt*, Hautfarbe, in: dies./Ofuatey-Alazard (Hrsg.), Wie Rassismus aus Wörtern spricht, 2011, S. 332.

[96] *Arndt* (Fn. 95), S. 332 (332 ff.); *Howard Winant*, Theoretical Status of the Concept of Race, 2000, S. 182–184.

[97] Das Phänomen des *colorism* zeigt, dass es durchaus nützlich sein kann, Hautfarbe als ein eigenständiges Diskriminierungsmerkmal zu konzipieren. Mit *colorism* wird auf die strukturellen Bevorzugungen von Schwarzen und weiteren nicht-weißen Gruppierungen wie Latinx und Sint*ezza und Rom*nja mit einer leichteren Pigmentierung (*light skinned*) gegenüber Personen mit dunklerer Hautfarbe (*dark-skinned*) hingewiesen. Eingehend dazu, dass US-amerikanischen Gerichte *colorism* im Hinblick auf Schwarze nicht als eine Form rassischer Diskriminierung ansehen, *Taunya Banks*, Colorism: A Darker Shade of Pale, UCLA Law Review 47 (2000), S. 1705; zu *colorism* gegenüber und innerhalb der *latinx community* siehe Pew Research Center, Majority of Latinos Say Skin Color Impacts Opportunity in America and Shapes Daily Life, 4.11.2021, unter https://www.pewresearch.org/hispanic/wp-content/uploads/sites/5/2021/11/RE_2021.11.04_Latinos-Race-Identity_FINAL.pdf, letzter Zugriff: 24.5.2022.

[98] Zu den äußerst strengen Rechtfertigungsanforderungen für Ungleichbehandlungen aufgrund der Rasse, siehe *Barskanmaz* (Fn. 28), S. 303 (343).

[99] Ausführlich dazu *Barskanmaz* (Fn. 44), S. 28 ff., 76 ff.

schen Rassenpolitiken und kolonialrassistischen Diskursen in bestimmten Disziplinen anerkannt.[100]

Hier könnte David T. Goldbergs Ansatz zielführend sein, der ein „relationales" Verständnis von Rassismus im Sinne von „In-Beziehung-Setzen" befürwortet.[101] Goldberg zufolge können vergleichende Rassismuskritiken durch ihre trennenden, kontrastierenden und analogisierenden Tendenzen zwar erkenntnisreich sein, rassismusanalytisch wirkten sie jedoch unbefriedigend. Denn rassistische Diskurse seien in zeitlicher und räumlicher Hinsicht viel komplexer gelagert als ein komparativer Rassismusbegriff dies erfassen könne. In einem relationalen Rassismusverständnis sei es nicht immer determinierend, ob eine bestimmte Form oder Praxis von Rassismus identisch oder fundamental anders als eine andere sei, so Goldberg. Die Relationalität könne mehrschichtig und unterschiedlich gekennzeichnet sein: Symbolisch, kausal, normativ oder semantisch. Erst in einem relationalen Verständnis von Rassismus kämen Beeinflussungen, Kontinuitäten, Interaktionen und Interdependenzen zwischen bestimmten rassistischen Diskursen und Kontexten zur Geltung. Als Beispiel solcher transhistorischen und transnationalen Zusammenhänge führt Goldberg die britischen und deutschen Konzentrationslager in Südwestafrika an, die später als Modell für nationalsozialistische Rassenpolitiken dienten. Folgt man Goldbergs Ansatz, wird es aus rassismushistorischer Perspektive durchaus schwer, die nationalsozialistischen Rassenpolitiken als singulär zu erfassen. Hingegen zeigt ein relationales Verständnis von nationalsozialistischen Rassis-

---

[100] Grundlegend zur Kontinuität zwischen nationalsozialistischen und kolonialen Rassenpolitiken, der Sammelband *Volker Langbehn/Mohammad Salama*, German Colonialism. Race, The Holocaust, and Postwar Germany, 2011. Dabei gab es eine Verschiebung von der sozialdarwinistischen Eugenik hin zur nordischen Rassenlehre. Während erstere mit der Schwarz/Weiß-Binarität im kolonialen Kontext ihren Zweck erfüllte, verlor sie im nationalsozialistischen Weltbild an Überzeugungskraft, denn sie differenzierte nicht innerhalb der weißen Rasse. Schließlich fehlte es im Falle der Jüdinnen und Juden sowie der Sinti und Roma oft an optischen Differenzmarkierungen. *Christina von Braun*, Und der Feind ist Fleisch geworden, in: dies./Heid (Hrsg.), Der ewige Judenhass. Christlicher Antijudaismus – Deutschnationale Judenfeindlichkeit – Rassistischer Antisemitismus, 2000, S. 149 (158) nennt dieses Phänomen die „Unsichtbarkeit" der Juden. Als Folge der Verwirrung, die diese „Unsichtbarkeit" auslöste, wurden im Mittelalter und in der Neuzeit Ghettoisierungen vorangetrieben und jüdische Symbole (Davidstern) als Unterscheidungsmerkmale eingesetzt.

[101] *David Goldberg*, Racial Comparisons, Relational Racisms: Some Thoughts on Method, in: Ethnic and Racial Studies 32 (2009), S. 1271. Auch *David Ludwig*, How race travels: relating local and global ontologies of race, Philos Stud 146 (2019), S. 2729 (2744) befürwortet (ohne allerdings Goldberg zu rezipieren) in Abgrenzung zu unifikationistischen und kontextualistischen Ansätzen ein relationales Verständnis von Rasse. Allerdings gelingt es auch Ludwig in diesem nuancierten Beitrag nicht, den deutschen Exzeptionalismus zu überwinden. Mit anekdotischer Evidenz konstruiert er schließlich ein deutsch-exzeptionalistisches Rassekonzept, um dieses in einem zweiten Schritt mit einem fehlgeleiteten sozialkonstruktivistischen US-amerikanischen Rassekonzept zu kontrastieren, auch wenn er für eine „partielle transnationale Kontituität" zwischen dem US-amerikanischen und deutschen Kontext plädiert (S. 2745).

men ein größeres rassismusanalytisches Potenzial auf. Die Wirkmächtigkeit von Rasse sowohl in rassistischen Diskursen als auch in rassismuskritischen und identitätspolitischen[102] Praxen darf insofern analytisch nicht mit dem Hinweis auf das „Unbehagen“[103] im deutschen Kontext unterschlagen werden.

Über Rassismus und Rassialisierungen zu sprechen, den Begriff Rasse jedoch zu vermeiden oder zu tabuisieren, erscheint höchst fragwürdig und genauso untauglich wie Sexismus und Vergeschlechtlichung zu thematisieren, aber Geschlecht als Ordnungsprinzip diskursiv zu unterdrücken. Der deutsche Exzeptionalismus sollte historisch und analytisch zurückgewiesen werden, weil er sich eben diesen transnationalen[104] und relationalen Verknüpfungen mit anderen rassistischen Diskursen, aber auch rassismuskritischen Praxen verschließt, die gleichwohl zu den Alltagserfahrungen von rassisch diskriminierten Gruppen bzw. Personen in Deutschland gehören.[105]

Überdies lässt sich durchaus kritisch fragen, ob der deutsche Exzeptionalismus nichts Weiteres als ein nationales Narrativ[106] darstellt, das die deutsche Nation als weißdeutsch festschreibt und kontinuierlich reproduziert, etwa verdinglicht in Redewendungen wie „wegen *unserer* Vergangenheit“. Diese Narrative der Erinnerungskultur[107] rezentriert das weißdeutsche Subjekt (*wir*) innerhalb der Nation.[108] Sie markiert die Grenze der Zugehörigkeit zur deutschen

---

[102] Eingehend *Ronald Mallon*, Racial Identity, Racial Ontology, and Racial Norms, in: Zack (Hrsg.), Oxford Handbook of Philosophy and Race, 2019, S. 392.

[103] Kritisch dazu *Leonie Thies*, Soll die Kategorie ‚Rasse‘ aus dem Grundgesetz gestrichen werden? Ein Interview mit Dr. Natasha A. Kelly v. 5.10.2021, https://barblog.hypotheses.org/4109, letzter Zugriff: 24.5.2022.

[104] Instruktiv *Mathias Hong*, „Rasse“ im Parlamentarischen Rat und die Dynamik der Gleichheitsidee seit 1776 (Teil I, II, III, IV, V) m. w. N., der die rechtsdogmatischen Konvergenzlinien von Rasse im postnationalsozialistischen Deutschland und in den frühen segregierten USA eindrücklich aufzeigt, Verfassungsblog v. 20. – 23.7.2020, https://verfassungsblog.de/rasse-im-parlamentarischen-rat-i/, https://verfassungsblog.de/rasse-im-parlamentarischen-rat-ii/, https://verfassungsblog.de/rasse-im-parlamentarischen-rat-iii/, https://verfassungsblog.de/rasse-im-parlamentarischen-rat-iv/, https://verfassungsblog.de/rasse-im-parlamentarischen-rat-v/, letzter Zugriff: 24.5.2022.

[105] Siehe *Eddie Bruce-Jones*, Black Lives and German Exceptionalism, der die Unterschiede, aber auch die Berührungspunkte im Bereich der Polizeigewalt in den USA und Deutschland herausarbeitet und den analytischen Mehrwert einer rechtsvergleichenden Forschung zu Rassismus und Rasse reflektiert, Verfassungsblog v. 23.7.2020, https://verfassungsblog.de/black-lives-and-german-exceptionalism/, letzter Zugriff: 24.5.2022.

[106] Kritisch zu deutschen Narrativen *Aleida Assmann*, Die Wiedererfindung der Nation. Warum wir sie fürchten und warum wir sie brauchen, 2021, S. 170 f.

[107] Für eine Verteidigung einer dynamischen und sich der Migrationsgesellschaft anpassenden Erinnerungskultur *Aleida Assmann*, Das neue Unbehagen an der Erinnerungskultur. Eine Intervention, 2020; für die Anwendung des Konzepts „deutscher Exzeptionalismus“ im Kontext des bundesrepublikanischen Erinnerungs- und Nahostdiskurses siehe *Peter Ullrich*, Deutsche, Linke und der Nahostkonflikt, 2013, S. 99 f.

[108] Vgl. dazu auch die vom Genozidforscher Dirk Moses losgelöste Debatte zum „Deutschen Katechismus“, *Dirk Moses*, Der Katechismus der Deutschen, geschichte der gegenwart, https://geschichtedergegenwart.ch/der-katechismus-der-deutschen/, letzter Zugriff: 24.5.

Nation (als ewige Täternation) und zieht die Grenzen des Sagbaren und des Verpönten. Zugespitzt essenzialisiert das Narrativ „unsere Vergangenheit" weiße Deutsche als ewige Täter*innen, vereinnahmt Jüd*innen[109] als ewige Opfer ohne ihnen eine eigene *agency* einzuräumen und katapultiert den Rest außerhalb der weißdeutschen Kernnation.[110] In diesem Sinne verstärkt der deutsche Exzeptionalismus die Exklusion ohnehin ausgegrenzter rassialisierten Gruppen, die keine weißdeutsche Herkunft oder auch „Nazihintergrund"[111] aufweisen können und gefährdet so den gesellschaftlichen Zusammenhalt in einer freiheitlichen demokratischen Grundordnung.[112]

Innerhalb des deutschen Exzeptionalismus findet neben der Tabuisierung von Rasse auch eine rassismushistorisch und -theoretisch unhaltbare Exzeptionalisierung von Antisemitismus statt.[113] In seiner heutigen[114] politischen und judikativen[115] Verwendung wird Antisemitismus tendenziell Fremdenfeind-

---

2022, sowie die vorangehende Diskussion um eine „multidirektionale Erinnerung" von *Michael Rothberg*, Multidirektionale Erinnerung. Holocaustgedenken im Zeitalter der Dekolonisierung, 2021; außerdem zur Vergleichbarkeit des Holocaust *Jürgen Zimmerer/Michael Rothberg*, Erinnerungskultur. Enttabuisiere den Vergleich, ZEIT 4/2021; widersprechend und kritisch zum „deutschen Katechismus", allerdings eher moralisierend und polemisch *Saul Friedländer/Norbert Frei/Sybille Steinbacher/Dan Diner*, Ein Verbrechen ohne Namen. Anmerkungen zum neuen Streit zum Holocaust, 2022.

[109] Kritisch zu staatlichen Gestaltungspraktiken eines „neuen deutschen Judaismus" als Mittel zur Wiederaufnahme Deutschlands in den Kreis zivilierter Nationen *Hannah Tzuberi*, „Reforesting" Jews: The German State and the Construction of „New German Judaism", Jewish Studies Quarterly 27 (2020), S. 199.

[110] Gegen eine solchen Kernnation plädiert *Assmann* (Fn. 106).

[111] Vgl. die durch die Künstlerin Moshtari Hilal und den Künstler Sinthujan Varatharajah auf Instagram herbeigeführte Kontroverse um „Menschen mit Nazihintergrund", https://www.monopol-magazin.de/moshtari-hilal-menschen-mit-nazi-hintergrund-kritik-ist-das-gegenteil-von-gleichgueltigkeit, letzter Zugriff: 24.5.2022; https://www.bpb.de/mediathek/audio/334239/gestern-ist-jetzt-13-menschen-mit-nazihintergrund/, letzter Zugriff: 24.5.2022.

[112] Vgl. *Daniel Thym*, Verfassungspatriotismus in der Einwanderungsgesellschaft. Über die gesellschaftliche Breitenwirkung des Verfassungsrechts und kulturelle Parteinahme unter dem Grundgesetz, AöR 145 (2000), S. 40.

[113] In diesem Sinne auch *Doris Liebscher* in diesem Band, die statt Rasse „rassistisch und antisemitisch" vorschlägt. Inwiefern Antisemitismus eine weitere Spielart von Rassismus darstellen kann, wird mittlerweile auch in bestimmten Teilen der Rassismus- und Migrationsforschung offener diskutiert, vgl. *Maria Alexopoulou*, Rassismus als Praxis der langen Dauer. Welche Rassismusforschung braucht Deutschland – und wozu? 2020, unter: https://rat-fuer-migration.de/wp-content/uploads/2021/06/Initialbeitrag-2021-Maria-Alexopoulou.pdf, letzter Zugriff: 24.5.2022.

[114] Zu dieser Feststellung kam bereits früh *Czarina Wilpert*, Ideological and Institutional Foundations of Racism, 1993, S. 81.

[115] So stellte zum Beispiel das BVerfG im NPD-Urteil bezüglich der Menschenwürde fest, dass „[a]ntisemitische oder auf rassistische Diskriminierung zielende Konzepte" mit der Menschenwürde und der Konkretisierung dessen im Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG nicht vereinbar seien und somit gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung verstießen, BVerfG, Urt. v. 17.1.2017, 2 BvB 1/13 – *NPD-Verbot*, BVerfGE 144, 20, Rn. 541.

lichkeit bzw. Rassismus gegenübergestellt.[116] Das jüngste Beispiel ist die klarstellende Ergänzung des „antisemitischen" Beweggrundes in § 46 Abs. 2 StGB, der bereits „rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende" Beweggründe enthielt.[117] Auch das Berliner Landesantidiskriminierungsgesetz (LADG) spricht in § 2 von „rassistischen und antisemitischen Zuschreibungen". Müsste nach diesem Verständnis von Rassismus und Antisemitismus das in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG enthaltene Merkmal der Rasse statt „rassistisch" sicherheitshalber nicht auch durch „rassistisch und antisemitisch" ersetzt werden, um den Schutzbereich des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG nicht einzuengen?, so *Liebscher* in diesem Band. Diese provozierende Frage entpuppt sich im Hinblick auf die NPD-Rechtsprechung des BVerfG, in der zwischen „rassistischer und antisemitischer Diskriminierung" differenziert wird, durchaus als eine legitime.

Gewiss ist die Entkopplung des Antisemitismus von anderen Formen des Rassismus aufgrund der Bedeutung des Holocausts für die europäische und deutsche Geschichtsschreibung nachvollziehbar, aber aus einem rassismushistorischen und -analytischen Standpunkt aus betrachtet muss sie nicht richtig sein.[118] Durch die Exzeptionalisierung oder auch Singularisierung[119] des Antisemitismus wird suggeriert, dass es sich um ein mit anderen rassistischen Erscheinungen nicht vergleichbares Gesellschaftsphänomen handele. Eine Subsumtion von Antisemitismus unter einen generativen Begriff des Rassismus, so die Annahme, würde die Singularität des nationalsozialistischen Genozids an europäischen Jüd*innen (Shoa) in Frage stellen und diesen verharmlosen. Daher

[116] Diese Tendenz ist auf EU-Ebene klar zu beobachten, vgl. nur Erwägungsgrund Nr. 10 der Rasserichtlinie (RL 2000/43/EG); siehe auch ECRI-Länderbericht zu Deutschland v. 5.12.2013 (fünfte Prüfungsrunde); siehe auch das Berliner Landesprogramm für Demokratie. Vielfalt. Respekt. Gegen Rechtsextremismus, Rassismus und Antisemitismus, https://www.berlin.de/lb/ads/schwerpunkte/rechtsextremismus-rassismus-antisemitismus/landesprogramm, letzter Zugriff: 24.5.2022.

[117] Vgl. auch § 12a Abs. 1 S. 2 StAG neu (BT-Drs. 19/10939) wonach „eine antisemitische, rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtenden Tat" unabhängig von konkretem Strafmaß einer Einbürgerung entgegensteht.

[118] *Claudia Bruns*, Antisemitism and Colonial Racism, Transnational and Interdiscursive Intersectionality, in: Hund/Koller/Zimmermann (Hrsg.), Racisms Made in Germany, 2011, S. 99.

[119] Der Antisemitismusforscher *Moshe Zimmermann* dazu: „Of all sorts of racism antisemitism seems to be singular and of all objects of racims Jews seem to be indeed a very special case", *Zimmermann*, Between Jew-Hatred and Racism, in: Hund/Koller/Zimmermann, (Hrsg.), Racisms Made in Germany, 2011, S. 41 (41); „The Unique Nature of Antisemitism and the Moral Weight Inherent in its Singularity", so lautete der Vortragstitel des Erziehungswissenschaftlers und Antisemitismusforschers Micha Brumlik auf der Konferenz „Patterns of Exclusion in the 20th and 21st Century: Racism, Antisemitism and Islamophobia in Europe" (May 2011, Universität Freiburg), der jedoch für strukturelle Ähnlichkeiten zwischen historischen Formen von Antisemitismus und aktuellen Erscheinungsformen vom antimuslimischen Rassismus einen Anfangsverdacht attestiert, http://hsozkult.geschichte.hu-berlin.de/index.asp?id=3703&view=pdf&pn=tagungsberichte&type=tagungsberichte, letzter Zugriff: 24.5.2022.

sei Antisemitismus als ein eigenständiges Phänomen aufzufassen, das mit dem Rassismus mehr Unterschiede als Gemeinsamkeiten aufweise.[120] Bei genauerer Betrachtung des diskursiven Gegensatzes „Rassismus-Antisemitismus“ fällt auf, dass widersprüchliche Bedeutungen im Umlauf sind. Einerseits wird heute eine Trennung zwischen Antisemitismus und einem erweiterten Rassismusbegriff propagiert, anderseits wird aber nur (der nationalsozialistische) Antisemitismus als ein eindeutiges Beispiel von (biologistischem) Rassismus wahrgenommen. Dieser Widersprüchlichkeit lässt sich mit einem pluralistischen Verständnis von Rassismus lösen, bei dem Antisemitismus – wie auch antischwarzer, antislawischer, antimuslimischer, antiroma Rassismus – als eine der vielen Spielarten von Rassismus zu verstehen ist.[121]

Dass die (antisemitische) Diskriminierung von Jüdinnen – Antisemitismus – eine Form von rassischer Diskriminierung darstellt, ist in der verfassungsrechtlichen Literatur kein Gegenstand der Diskussionen. Die Grundgesetzkommentare[122] zu Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, die häufig auch eine Auflistung konkreter geschützter Gruppen beinhalten, gehen einheitlich davon aus, dass Jüd*innen zu den Betroffenen der Diskriminierung aufgrund der Rasse zu zählen sind, was angesichts des historischen Entstehungskontextes des Art. 3 Abs. 3 GG nur folgerichtig ist. Zwar käme im Kontext des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG auch das Diskriminierungsverbot aufgrund der Religion in Betracht, jedoch wäre es historisch nur konzise, Antisemitismus über einen christlichen Antijudaismus hinaus als ein – sogar paradigmatisches – Beispiel von Rassismus zu erfassen. Dies tut auch das ICERD, wenngleich Religion nicht als Diskriminierungsmerkmal in der Definition aufgeführt wird.[123]

Die Kritik am neuen „Anti-Rasse Rassismus“ und deutschen Exzeptionalismus sowie die kritische Würdigung bisheriger Rechtsprechung des BVerfG leitet denn auch über zur wesentlichen Frage, was nun unter Rassismus und Rasse – im deutschen Kontext – zu verstehen ist, und inwiefern beide Begriffe im juridischen Diskurs und in der Rechtsanwendung produktiv eingesetzt werden können.

---

[120] Ausführlich dazu *Barskanmaz* (Fn. 44), S. 98 f.

[121] Ausführlich dazu *Barskanmaz* (Fn. 44), S. 67–118.

[122] *Baer/Markard* (Fn. 76), Rn. 470; *Hans D. Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), GG, 16. Aufl. 2020, Art. 3 Rn. 121; *Marion Eckertz-Höfer*, in: AK-GG, 3. Aufl. 2001, Art. 3 Rn. 121; *Werner Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 118, 129; *Angelika Nußberger*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 9. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 293; *Sigrid Boysen*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2021, Bd. 1, Art. 3 Rn. 119.

[123] *Mehrdad Payandeh* in diesem Band.

V. Rassismus und Rasse – ein Begriffsumriss

Rassismus kann als ein historisch gewachsenes und gesamtgesellschaftliches Phänomen verstanden werden, das ein Machtverhältnis ausdrückt.[124] Als ein „soziales Verhältnis" begründet Rassismus die ungleiche Verteilung von Chancen und den ungleichen Zugang zu gesellschaftlichen Ressourcen. Daher wird Rassismus strukturell verstanden.[125] Zentrales Moment dieses Herrschaftsverhältnisses ist ein normalisierendes Differenzdenken, das von zwei angeblich natürlichen, homogenen und unüberbrückbaren Identitäten, Kulturen oder Kategorien („Weiß"/„Schwarz", „Deutsch"/„Ausländer", „Deutsch"/„Jude" etc.) mit gegensätzlichen Qualitäten ausgeht und diese ständig neu kreiert. Vor diesem Hintergrund kann „gegen Rassismus sein" allzu schnell die Illusion hervorrufen, Rassismus könne überwunden und eliminiert werden, während ein rassismus*bewusster* Ansatz an einem strukturellen Verständnis von Rassismen anknüpft.[126] Demnach kommt es darauf an, biologistische und kulturalistische Rassifizierungsprozesse und deren alltäglichen Verdichtungen in Rasse sichtbar zu machen und ständig zu hinterfragen. Dadurch rücken die Permanenz, die Allgegenwärtigkeit und sogar die Unaufhebbarkeit rassistischer Kontexte in den Vordergrund. Mit unterschiedlichen theoretischen, disziplinären und methodischen Zugängen wird Rassismus als Ideologie[127], Diskurs[128], Dispositiv[129], Apparat[130] oder flexible symbolische Ressource[131] konzipiert.[132] Einigkeit besteht darüber, dass Rassismus ein „gesellschaftliches Verhältnis"[133] ist, das die ungleiche Verteilung von Lebenschancen und den ungleichen Zugang zu gesellschaftlichen Ressourcen begründet.

---

[124] *Barskanmaz* (Fn. 44), S. 19f.

[125] Ausführlich *Nora Markard* in diesem Band.

[126] So der Titel eine der ersten Veröffentlichung zu institutionellem Rassismus, *Annita Kalpaka*, Die Schwierigkeit, nicht rassistisch zu sein, 1986.

[127] *Robert Miles*, Rassismus, 1991; *Étienne Balibar/Immanuel Wallerstein*, Rassismus und Nationalismus, 1990; *Stuart Hall*, Ideologie, Kultur, Rassismus, 1989.

[128] *Stuart Hall*, Rassismus als ideologischer Diskurs, in: Räthzel (Hrsg), Theorien über Rassismus, 2000, S. 7; *Ann Laura Stoler*, Race and the Education of Desire, Foucault's „History of Sexuality" and the Colonial Order of Things, 1995, S. 187.

[129] *Siegfried Jäger/Margarete Jäger*, Das Dispositiv des institutionellen Rassismus. Eine diskurstheoretische Annäherung, in: Demirović/Bojadžijev (Hrsg.), Konjunkturen des Rassismus, 2002, S. 212; *Mark Terkessidis*, Psychologie des Rassismus, 1998.

[130] *Mark Terkessidis*, Die Banalität des Rassismus, 2004.

[131] *Karin Scherschel*, Rassismus als flexible symbolische Ressource. Eine Studie zu rassistischen Argumentationsfiguren, 2016.

[132] Eine gelungene Darstellung verschiedener Ansätze bietet *Scherschel* (Fn. 131), S. 15ff., 31ff.; vgl. dazu auch *Terkessidis* (Fn. 130), S. 98ff., m.w.N.

[133] *Tukufu Zuberi/Evelyn J. Patterson/Quincy Thomas Stewart*, Race, Methodology, and Social Construction in the Genomic Era, The Annals of the American Academy of Political and Social Science 661 (2015), S. 109 (110); *Wulf D. Hund*, Rassismus und Antirassismus, 2018, S. 16ff.

Weil Rassismus flexibel und konjunkturell ist, unterscheidet er sich in Zeit und Raum, insofern ist von Rassismen auszugehen.[134] Angesichts dessen ist es in theoretisch-methodischer Hinsicht erforderlich, Differenzierungen im Hinblick auf die Erscheinungsformen von Rassismus kontextgebunden und konkret in den Blick zu nehmen, um so Überlagerungen, Verschiebungen und Unterschiede im Hinblick auf Inhalt – z. B. biologistischer oder wissenschaftlicher Rassismus und kultureller Rassismus oder Neorassismus – und im Hinblick auf gesellschaftliche Bereiche – z. B. Alltagsrassismus[135] und institutioneller[136] Rassismus – sichtbar machen zu können. Neben einer so differenzierten Konzipierung von Rassismus drängt sich angesichts des Betroffenenkreises eine Pluralisierung des Rassismusbegriffs auf, weil unterschiedliche Gruppen auf unterschiedliche Art und Weise von Rassismus betroffen sein können, z.B. „Araber*innen“, „Ausländer*innen“ „Geflüchtete“, Jüd*innen, Kurd*innen, Latin*a, „Muslim*innen“, Pol*innen, Schwarze, Sint*ezza und Rom*nja, Palästinenser*innen, Türk*innen, etc.

Zusammen mit „Rassismus“ ist auch „Rasse“ in der Rassismus- und Identitätsforschung eine der zentralen analytischen Kategorien.[137] Zwar existiert Rasse nicht als biologisches[138] Merkmal, so der Befund, dennoch ist Rasse als Kon-

---

[134] Bereits früh *Hall* (Fn. 127), S. 11 f.

[135] Schon früh *Philomena Essed*, Understanding Everyday Racism, 1991; *Annita Kalpaka/Nora Räthzel*, Wirkungsweisen von Rassismus und Ethnozentrismus, in: dies./dies./Weber (Hrsg.), Rassismus. Die Schwierigkeit, nicht rassistisch zu sein, 2017, S. 40 (46 f.).

[136] *Ute Osterkamp*, Institutioneller Rassismus, in: Kalpaka/Räthzel/Weber (Hrsg.), Rassismus. Die Schwierigkeit, nicht rassistisch zu sein, 2017, S. 281; *Mechtild Gomolla/Frank-Olaf Radtke*, Institutionelle Diskriminierung. Die Herstellung ethnischer Differenz in der Schule, 2007.

[137] *Jonathan Marks*, Is Science Racist?, 2017, S. 128; *David Goldberg*, The Racial State, 2002; *Richard Delgado/Jean Stefancic*, Critical Race Theory. An Introduction, 2001; *Sara Ahmed*, The Non-Performativity of Anti-Racism, Meridians 7 (2006), S. 104; *Eduardo Bonilla-Silva*, Rethinking Racism: Toward a Structural Interpretation, in American Sociological Review 62 (1997), S. 465; *Paul Mecheril/Karin Scherchel*, Rassismus und „Rasse“, in: Melter/Mecheril (Hrsg.), Rassismuskritik, Band 1: Rassismustheorie und -forschung, 2009, S. 39; *Barskanmaz* (Fn. 7), S. 382; für eine europäische und vergleichende Perspektive, siehe *Möschel* (Fn. 35), S. 1648; *Eddie Bruce-Jones*, Race, Space, and the Nation State: Racial Recognition and the Prospects for Substantive Equality Under Anti-Discrimination Law in France and Germany, in Columbia Human Rights Law Review 39 (2008), S. 423.

[138] Grundlegend Jenaer Erklärung von 2020 zu Rasse von *Martin Fischer/Uwe Hoßfeld/Johannes Krause/Stefan Richter*, Das Konzept der Rasse ist das Ergebnis von Rassismus und nicht dessen Voraussetzung, Biologie in unserer Zeit 6 (2019), S. 399, https://www.dzg-ev.de/wp-content/uploads/2019/12/JEBiuz.2019.pdf, letzter Zugriff: 24.5.2022; vgl. dazu das Positionspapier der wissenschaftlichen Arbeitsgruppe der internationalen UNESCO-Konferenz „Gegen Rassismus, Gewalt und Diskriminierung“ v. 8. und 9.6.1995. Als wegbereitend gilt das Werk von Cavalli-Sforza, der anhand einer molekulargenetischen Methode bewiesen hat, dass es unmöglich ist, genetisch einheitliche „Rassen“ voneinander zu unterscheiden. Vielmehr gäbe es größere genetische Variabilität innerhalb einer sogenannten Rasse (z.B. „weiße“ oder „schwarze“) als zwischen den sogenannten Rassen; vgl. *Luigi Luca Cavalli-Sforza/Francesco Cavalli-Sforza*, Verschieden und doch gleich, 1994; *Robert Wald Sussman*, The Myth of Race

zept in der sozialen Welt real und wirksam: „Race doesn't exist, but it does kill people"[139]. Rasse ist eine wirksame soziale Konstruktion.[140] In einem weiteren Sinne betont Ahmed, dass nicht Rasse Rassismus, sondern Rassismus Rasse hervorbringt; das Konzept Rasse kann und soll nicht obsolet sein, solange Rassismus existiert.[141] Rasse ist als Ergebnis von Rassifizierungen in einem rassistischen Kontext zu verstehen. Der Zuschreibungsprozess der Rassifizierung (*racialization*) weist Menschen anhand von Bedeutungsträgern, d.h. *bestimmten* körperlichen[142] Merkmalen, persönlichen Eigenschaften bzw. kulturellen „Auffälligkeiten", verschiedenen hierarchisch geordneten Gruppen zu. Diese „rassifizierte Machtdifferenz"[143] geht mit der Unsichtbarmachung des Weißseins als einer unbenannten, neutralen und normierenden Position einher, die mit strukturellen Vorteilen und Privilegien verbunden ist. Goldberg spricht in diesem Zusammenhang allgemeiner von der Unsichtbarkeit von Rasse und fügt hinzu, dass diese nicht mit der Abwesenheit von Rasse zu verwechseln sei.[144]

Dass Rasse im Alltag wirkt, liegt nicht an seinem Sprachgebrauch, sondern im Konzept der Rasse selbst. Zu diesem Ergebnis kommt Stuart Hall in seinen Überlegungen zu Rasse, die er als ein diskursives Konstrukt versteht. Hall zufolge gehört Rasse zu jenen Leitideen, welche die großen Klassifikationssysteme der Differenz organisieren, die in der menschlichen Gesellschaft wirksam sind.[145] Er beobachtet, dass Hautfarbe, Haarwuchs, Körperbau, usw. als sichtbare Differenzierungskriterien weiterhin fortleben und unsere Handlungen be-

– The Troubling Persistence of an Unscientific Idea, 2014, S. 5 ff.; nicht zuletzt das Statement on Race der American Anthropological Association v. 17.5.1998, https://www.americananthro.org/ConnectWithAAA/Content.aspx?ItemNumber=2583, letzter Zugriff: 24.5.2022; insofern ist die selektive Rezeption naturwissenschaftlicher Erkenntnisse von *Kischel* (Fn. 7), S. 246, dass diese Frage in der Naturwissenschaft ohne klare Antwort bleibt, verzerrend.

[139] *Colette Guillaumin*, Racism, Sexism, Power and Ideology, 1995, S. 107.

[140] *Ann Morning*, The Constructivist Concept of Race, in: v. Vacano/Suzuki (Hrsg.), Reconsidering Race: Social Science Perspectives on Racial Categories in the Age of Genomics, 2018, S. 50.

[141] So *Ahmed* (Fn. 137), Rn. 48 ff.

[142] *Helen Ngo*, The Habits of Racim, A Phenomenology of Racism and Racialized Embodiment, 2017, S. 55 ff. für einen phänomenologischen Ansatz zu rassialisierten Körperlichkeiten und erlebten Rassismuserfahrungen.

[143] *Maureen Maisha Eggers*, Rassifizierte Machtdifferenz als Deutungsperspektive in der Kritischen Weißseinsforschung in Deutschland, in: dies./Kilomba/Piesche/Arndt (Hrsg.), Mythen, Masken und Subjekte. Kritische Weißseinsforschung in Deutschland, 2005, S. 56 (57 f.).

[144] *Goldberg* (Fn. 60), S. 89 (91).

[145] *Stuart Hall*, Rasse – der gleitende Signifikant, in: Mercer (Hrsg.), Das verhängnisvolle Dreieck. Rasse, Ethnie, Nation, 2018, S. 55 (55 f.).

einflussen.[146] Rasse stellt für Stuart Hall einen „gleitenden Signifikanten“[147] dar, der Machtverhältnisse sedimentiert. Mit dieser Bezeichnung versucht er nachzuvollziehen, dass Rasse ein Bedeutungsträger ist, der Differenzen in rassialisierte Körper einschreibt und fixiert. Dagmar Schiek und Anna-Katharina Mangold sprechen in diesem Zusammenhang von „askriptive[n] kategoriale[n] Zuordnungen“.[148] Wir *sehen* und deuten einen Schwarzen Körper, so Stuart Hall in Anlehnung an Frantz Fanon, weil der Körper als ein Bündel von Signifikanten funktioniert. Für Haslanger etwa ist dann die Rede von einer sozialen Konstruktion, wenn etwas ein beabsichtigtes oder unbeabsichtigtes Produkt einer sozialen Praxis ist.[149] Letztere begreift Haslanger als „bestimmte Arten von normativ vereinheitlichten Regelmäßigkeiten“.[150]

Wenn die Polizei in einem Zugabteil oder am Bahnhof einen Schwarzen, muslimischen oder Romni Mann verdachtsunabhängig kontrolliert, dann geschieht dies eben, weil dessen Körper für den weißen Blick durch vergangene soziale Praxen zu einem Bedeutungsträger geworden ist. So gesehen wird bei jedem Fall des *racial profiling* die Idee der Rasse wiederbelebt.[151] Hier geht die Polizei nicht notwendigerweise von einer „schwarzen Rasse“ aus, sondern sie hat *sozial gelernt*, rassialisierte Schwarze Körper als Gefahr zu lesen und deshalb zu kontrollieren.[152] Nicht nur die Polizei, sondern wir alle sind in unserem Alltag ständig in rassische Praktiken involviert, sobald wir Menschen als Schwarz, jüdisch, Romni, kurdisch oder arabisch *sehen.* Unsere Körper sind Bedeutungsträger von Rasse, die jedoch nicht nur bei Fremdzuschreibungen aufrechterhalten werden, sondern auch bei Selbstidentifikationen. BlackLivesMatter, Initiative Schwarze Menschen in Deutschland (ISD) und Initiative Schwarze Frauen in Deutschland (ADEFRA) sind Beispiele dafür, dass rassische Identifikationen auch durch die betroffenen Gruppen im emanzipatorischen Sinne vollzogen werden können. „Schwarz“ hat dabei längst einen Be-

[146] Siehe auch *Hardimon* (Fn. 12), S. 103, der vier Konzepte von Rasse vorschlägt: ein rassistisches „rassialistisches Konzept von Rasse“, ein antirassistisches „sozialkonstruktivisches Konzept von Rasse“, ein nichtrassistisches „minimalistisches Konzept von Rasse“ und ein nichtrassistisches szientistisches „populationistisches Konzept von Rasse“.

[147] *Hall* (Fn. 145), S. 55 (56).

[148] *Mangold* (Fn. 51), S. 317; *Dagmar Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, S. 27.

[149] Sie unterscheidet zwischen diskursiver, pragmatischer und konstitutiver Sozialkonstruktion, siehe *Sally Haslanger*, Der Wirklichkeit widerstehen. Soziale Konstruktion und Sozialkritik, 2022, S. 31 f.

[150] Zit. nach *Daniel James*, Nachwort, in: Haslanger, Der Wirklichkeit widerstehen. Soziale Konstruktion und Sozialkritik, 2022, S. 234 (265).

[151] Vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21.4.2016, 7 A 11108/14.OVG; OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 17.8.2018, 5 A 294/16; OLG Stuttgart, Urt. v. 12.12.2011, 10 U 106/11, NJW 2012, S. 1085, das eine Diskriminierung aufgrund der Hautfarbe und des Geschlechts feststellt; dazu *Doris Liebscher*, Urteilsanmerkung, NJW 2012, S. 1086; ebenso AG Hannover, Urt. v. 14.8.2013, 462 C 10744/12 mit der Feststellung der Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft und des Geschlechts.

[152] Grundlegend *Derin/Singelnstein* (Fn. 18).

deutungswandel erfahren. Hier wird deutlich, dass Rasse eine allgegenwärtige soziale und performative Kategorie ist und nicht jeder Bezug auf Rasse auch rassistisch sein muss.[153]

Aus der „gleitenden Eigenschaft" von Rasse folgt für Hall außerdem, dass der begriffliche Gehalt von Rasse auch in Ethnizität, Religion und Nation auftreten kann, so dass auch diese Kategorien Momente der Essenzialisierung und Naturalisierung vorweisen können. In diesem Zusammenhang schlägt Haslanger vor, einen Unterschied zwischen einem rassialisierten (Deutsch ggü. Türkisch) und nicht-rassialisierten Verständnis von ethnischer Herkunft (z.B. Italienisch ggü. Spanisch) aufrechtzuhalten,[154] um so die hierarchischen Rassialisierungen von ethnischen Gruppen hervorheben zu können.[155] Im gegenwärtigen Antirassediskurs kommen jedoch diese Aspekte der realen Wirkungen von Rasse – und auch von Hautfarbe, Ethnizität, Religion und Nation – zu kurz, wodurch es überzeugender erscheinen mag, Rasse zu einem Kategorienfehler zu stilisieren, der mit einer Streichung eines Wortes beseitigt werden könne.

Stuart Halls empirisch informierter Theorieansatz zeigt nicht nur die Hartnäckigkeit der „biologischen Spuren"[156] von Rasse, Hautfarbe, Ethnizität und Nation, sondern allgemeiner, dass Rasse immer einen Biologismus in sich trägt, wenngleich er sich in weiteren Konzepten wie „Kultur" verstecken kann, wie Adorno bereits in den 1950er Jahren festhielt.[157] Mit der Erkenntnis, dass Rasse immer biologische Spuren in sich trägt, fällt auch das Pappkameraden-Argu-

---

[153] Für *Hardimon* (Fn. 12), S. 103 (105) ist nur das „rassialistische Konzept von Rasse" ein rassistisches Konzept.

[154] *Haslanger* (Fn. 149), S. 90f.

[155] EuGH, Urt. v. 6.4.2017, Rs. C-668/15 – *Jyske Finans A/S v Ligebehandlingsnævnet*; siehe auch die befremdlichen Ausführungen zu Rasse in den Schlussanträgen des Generalanwalts *Nils Wahl* (seit Oktober 2019 Richter am EuGH), Rn. 31: „Um Rassismus verhindern und bekämpfen zu können, muss zunächst der Begriff der Rasse selbst definiert werden. Dies ist in modernen Gesellschaften jedoch zunehmend inakzeptabel geworden. Dementsprechend ist das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse im Lauf der Zeit vielleicht gegenüber der weniger offensichtlichen und greifbaren Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft in den Hintergrund gerückt, bei der es sich, wie unten in Nr. 35 dargestellt, um eine Form der Diskriminierung aufgrund der Rasse handelt.". Nach dem EuGH stellt die Praxis eines Kreditinstituts, wonach einem Kunden, in dessen Führerschein ein anderes Geburtsland als ein Mitgliedstaat der Union oder der EFTA (Europäische Freihandelsassoziation) angegeben ist, eine zusätzliche Identifizierung durch Vorlage einer Kopie seines Reisepasses oder seiner Aufenthaltserlaubnis auferlegt wird, keine (un)mittelbare ethnische Diskriminierung dar. Der Kläger war dänischer Staatsangehöriger bosnischer Herkunft mit ausländischem Geburtsort, kritisch dazu *Shreya Atrey*, Race discrimination in EU Law after Jyske Finans, Common Market Law Review, 55 (2018), S. 625; siehe auch das spätere Urteil des EuGH, Urt. v. 15.11.2018, Rs. C-457/17 – *Heiko Jonny Maniero v Studienstiftung des deutschen Volkes e.V.*

[156] *Hall* (Fn. 145), S. 60; vgl. *Naika Foroutan et al.*, Das Phantom „Rasse": Zur Geschichte und Wirkungsmacht von Rassismus, 2018.

[157] *Theodor W. Adorno*, Schuld und Abwehr, Gesammelte Schriften Band 9/2, X, 1975, S. 277.

ment im Antirassediskurs. Im Vergleich zur englischen *race* sei der Begriff der Rasse in Deutschland biologisch konnotiert, so die Behauptung. Dem ist entgegenzuhalten, dass auch wenn *race* als soziale Konstruktion verstanden wird, dieser auch etwa im US-amerikanischen Kontext weiterhin biologische Spuren immanent sind und sogar die Idee von biologischen Rassen noch lebendig ist.[158] In der Forschung wird auch auf die Materialität von Rasse verwiesen, um diese „biologischen Spuren“ theoretisch aufzufangen.[159] Der Vollständigkeit halber ist zu ergänzen, dass nicht nur *race*, sondern auch Rasse in Deutschland bereits einen Bedeutungswandel erfahren hat, andernfalls würden Bezeichnungen wie Schwarz in Deutschland nur rassistisch verstanden werden können und nicht als konstitutives Element einer selbstermächtigenden Identitätspolitik. Daher wirkt es befremdlich, dass Gegner*innen des Rassebegriffs sich weiterhin an eine rassische Identitätskategorie wie „Schwarz“ und „People of Color“ halten wollen.

Ungleichheiten entlang der Kategorien Rasse wirken regelmäßig mit anderen Kategorien wie zum Beispiel Geschlecht und Klasse. Diese Komplexität wird heute unter dem allgemeinen Konzept „Intersektionalität“[160] disku-

[158] *Jun-Ki Lee/Rahmi Qurote Aini/Yustika Sya'bandari/Al Nurlaelasari Rusmana/Minsu Ha/Sein Shin*, Biological Conceptualization of Race, in Science & Education 30 (2021), S. 293; https://doi.org/10.1007/s11191-020-00178-8, letzter Zugriff: 24.5.2022; für biologistische Verständnisse von Rasse im Rechtsdiskurs sehr instruktiv *Justin Desautels-Stein*, Race as Legal Concept, Columbia Journal of Race and Law 2 (2012), S. 1 (5); *Alex M. Johnson Jr.*, The Re-Emergence of Race As A Biological Category: The Societal Implications – Reaffirmation of Race, Iowa Law Review 94 (2009), S. 1547.

[159] Eingehend *Amade M'Charek*, Beyond Fact or Fiction: On the Materiality of Race in Practice, in: Cultural Anthropology 3 (2013), S. 420 mit dem überzeugenden Argument, dass Rasse weder nur Fakt noch nur Fiktion ist und dass Rasse in der Biologie keine zu entdeckende Tatsache ist, sondern im semiotischen Sinne als Fakt relational hergestellt wird. Demnach verweist die Materialität auf die Berücksichtigung empirisch wahrnehmbarer Differenzen, die in bestimmten Praktiken als rassisch markiert und als relevant herangezogen werden, wie sie etwa zum Ausdruck kommen, wenn ein Medikament spezifisch für Schwarze (BiDiL) entwickelt wird; kritisch jedoch *Michael L. Blakey*, On the Biodeterministic Imagination, Archeological Dialogues 27 (2020), S. 7 f., der auch auf die pharmazeutischen Marketingstrategien für das Produkt hinweist. Dass ein bestimmtes Medikament – jedoch nur bei einem bestimmten Alterssegment (!) – bei einer rassisch markierten Gruppe positive Auswirkungen hat, beweist noch längst nicht die Existenz biologischer Rassen. So *Troy Duster*, Race and Reification, in Science 307 (2005), S. 1050 (1051) der auf die zunehmende Berücksichtigung und Verdinglichung von Rasse in den Wissenschaften hinweist, etwa im Bereich der kardiologischen Medizin, Humangenetik und Kriminologie.

[160] *Kimberlé Crenshaw*, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex. A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics, in University of Chicago Legal Forum (1989), S. 139; außerdem *Iyiola Solanke*, Putting Race and Gender Together: A New Approach to Intersectionality, in The Modern Law Review 72 (2009), S. 723; einen kritischen Überblick über Intersektionalität im EU-Recht bieten *Dagmar Schiek/Jule Mulder*, Intersectionality in EU Law: A Critical Re-appraisal, 2011. Alternativ wird auf „Interdependenz“, „Mehrfachdiskriminierung“ oder auch „Mehrdimensionalität“ verwiesen, vgl. Walgenbach et al. (Hrsg.), Gender als interdependente Kategorie, 2007; Europäische Kommission, Die Bekämpfung von Mehrfachdiskriminierung. Praktiken, Politik-

tiert.[161] Wie bestimmte rassialisierte Gruppen in pandemischen Zeiten durch ihre prekäre Existenz – die ihrerseits auf jahrhundertelange Ausgrenzungen zurückzuführen sind – zusätzlichen Risiken ausgesetzt sein können, zeigt z. B. die unverhältnismäßig hohe Zahl von COVID-19 Erkrankungen und Todesfällen unter der US-amerikanischen Schwarzen Bevölkerung.[162] Zwar hat die Intersektionalitätsanalyse im Antidiskriminierungsrecht ihren Ursprung im Hinblick auf die Verletzlichkeit von Schwarzen[163], sie ist jedoch im europäischen Kontext insbesondere bei der Frage nach dem Kopftuch[164] herangezogen worden. Sie kann jedoch auch auf die rassische oder ethnische Verletzlichkeit von nichtweißen Männern in bestimmten Fallkonstellationen ausgeweitet werden. Wenn etwa einer als nichtweiß gelesenen Person der Zugang zu einem Nachtclub verweigert wird, liegt nicht nur eine Diskriminierung aufgrund der Rasse oder Hautfarbe, sondern eine Diskriminierung aufgrund der Rasse und des Geschlechts vor. Denn nicht allen Nichtweißen wird die Dienstleistung verweigert, sondern erfahrungsgemäß vor allem stigmatisierten Schwarzen[165] Män-

---

strategien und Rechtsvorschriften, 2007; abrufbar unter https://www.mehrfachdiskriminierung.ch/wp-content/uploads/sites/218/2020/09/multdis_de.pdf, letzter Zugriff: 24.5.2022; *Susanne Baer/Melanie Bittner/Anna Lena Göttsche*, Mehrdimensionale Diskriminierung – Begriffe, Theorien und juristische Analyse, 2010; *Anna Katharina Mangold*, Mehrdimensionale Diskriminierung. Potentiale eines materialen Gleichheitsverständnisses, Rechtsphilosophie – Zeitschrift für die Grundlagen des Rechts 2016, S. 152; ausführlich *Elisabeth Holzleithner*, Intersektionale (mehrdimensionale) Diskriminierung, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, S. 539.

[161] Der UN-Ausschuss (CERD) spricht – besonders im Hinblick auf Geschlecht und Religion – auch von double und multiple discrimination, CERD, General Recommendation No. 32 v. 24.9.2009, Rn. 7; siehe auch die publikation der Europäische Kommission zur Bekämpfung von Mehrfachdiskriminierung (Fn. 160).

[162] *Gregorio A. Millet et al.*, Assessing differential impacts of COVID-19 on black communities, in Annals of Epidemiology 47 (2020), S. 37 kommen zu dem Ergebnis, dass auf nahezu 20 % der U.S. Bezirke (counties), in denen verhältnismäßig mehr Schwarze leben als im Bundesdurchschnitt, 52 % of COVID-19 Diagnosen und 58 % der COVID-19-Todesfälle auf nationaler Ebene fielen. Soziale Bedingungen, struktureller Rassismus und andere Faktoren würden das Risiko für COVID-19-Diagnosen und Todesfälle in Schwarzen communities erhöhen; inzwischen auch CERD, EWUAP Statement 3 v. 7.8.2020, https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/1_Global/INT_CERD_SWA_9234_E.pdf, letzter Zugriff: 24.5.2022.

[163] *Crenshaw* (Fn. 160), S. 139.

[164] Vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 27.1.2015, 1 BvR 471/10 – *Kopftuch II*, Rn. 142–145, wo das Bundesverfassungsgericht die Verletzung des Gleichbehandlungsgebot der Geschlechter bei einem Kopftuchverbot für Lehrerinnen verneint; kritisch *Ute Sacksofsky*, Kopftuch als Gefahr – ein dogmatischer Irrweg, Deutsches Verwaltungsblatt 2015, S. 801; ebenso verneinend EGMR, Urt. v. 15.2.2001, Nr. 42393/98 98 – *Dahlab/Schweiz*, NJW 2001, S. 2871 (2783); für eine postkolonial-feministische Analyse des Kopftuch I-Urteils des BVerfG (BVerfGE 108, 282) siehe *Cengiz Barskanmaz*, Das Kopftuch als das Andere. Eine notwendige postkoloniale Kritik des deutschen Rechtsdiskurses, in: Berghahn/Rostock (Hrsg.), Der Stoff, aus dem Konflikte sind. Die Debatte um das Kopftuch in Deutschland, Österreich und der Schweiz, 2009, S. 361.

[165] *Paul D. Butler*, Black Male Exceptionalism? The Problems and Potential of Black Ma-

nern oder Männern of Color.[166] Weitere diskriminierende Praktiken, die rassialisierte Männlichkeiten ins Visier nehmen, umfassen etwa das *racial profiling* durch die Polizei.[167] Im Rahmen von Debatten rund um *racial profiling* liegt der Fokus nicht zu Unrecht auf nichtweißen Männern, allerdings ist die intersektionale Verletzlichkeit von Schwarzen Frauen bei polizeilichen Praxen genauso ernst zu nehmen. So konstatierte der EGMR im Falle einer Schwarzen die besondere Verletzlichkeit von einer „afrikanischen Frau, die Prostitution ausübt“[168].

VI. „Rasse“ und „rassistisch“ im Kontext von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG

Wie ist nun das in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verbürgte Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse im Hinblick auf den humangenetischen Forschungsstand, den sozialkonstruktivistischen Charakter von Rasse sowie Rassismus als strukturelles Phänomen zu operationalisieren? Klarzustellen ist zunächst, dass dem Argument, dass es für das Grundgesetz ohnehin nicht auf die biologisch-humangenetische Validität von Rasse ankäme, weil Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG jedenfalls die Ungleichbehandlung aufgrund der Rasse, also auch aufgrund der „biologischen Rasse“ normiere, zurückzuweisen ist.[169] Die Rechtsanwendung und eine

le-Focused Interventions, DuBois Review 10 (2013), S. 485, warnt davor, Schwarze Männer auf Kosten Schwarzer Frauen erneut als besonders gefährdet einzustufen. Diese Tendenz beobachtet er in den sozialen Programmen einiger US-Staaten, die sich auf das Bild des „endangered Black man“ stützen, wodurch erneut das Bild eines kriminellen und aggressiven Schwarzen Mannes festgeschrieben werde und gleichzeitig die sozialen Probleme von Schwarzen Frauen heruntergespielt würden.

[166] In diesem Sinne OLG Stuttgart, Urt. v. 12.12.2011, 10 U 106/11, NJW 2012, S. 1085, das eine Diskriminierung aufgrund der Hautfarbe und des Geschlechts feststellt; dazu *Doris Liebscher*, Urteilsanmerkung, NJW 2012, S. 1086; ebenso AG Hannover, Urt. v. 14.8.2013, 462 C 10744/12 mit Feststellung der Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft und des Geschlechts.

[167] Siehe *Alexander Tischbirek*, Diskriminierungsschutz in der Gefahrenabwehr, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, S. 1057; für politisch-philosophische Reflektionen zu racial profiling *Annabelle Lever*, Racial Profiling and the Political Philosophy of Race, in: Zack (Hrsg.), The Oxford Handbook of Philosophy and Race, 2019, S. 425.

[168] EGMR, Urt. v. 24.7.2012, Nr. 47159/08 – *B.S./Spanien*, Rn. 61, 65 f., wo der EGMR bei einer rassistischen Polizeikontrolle (Rn. 8: „Schwarze Hure, verschwinde von hier“) eingehend *Keina Yoshida*, Towards Intersectionality in the European Court of Human Rights. The Case of B.S. v. Spain, Feminist Legal Studies 21 (2013), S. 195.

[169] Vgl. *Kischel* (Fn. 7), S. 246, der irrtümlicherweise von „jeder Unterscheidung“ spricht. Nach Kischel können naturwissenschaftliche Erkenntnisse nichts daran ändern, dass Rasse ein Rechtsbegriff ist. Wenngleich auch Kischel sich für eine rechtswissenschaftliche Berücksichtigung naturwissenschaftlicher Erkenntnisse ausspricht, verfehlt er, den aktuellen Forschungsstand zu rezipieren.

interdisziplinär ausgerichtete Rechtswissenschaft ist ganz sicher auf außerjuridisches Wissen angewiesen.[170] Für Rasse bedeutet dies, dass eine Überwindung des Begriffs als „Binnenhindernis im Antidiskriminierungsrecht“[171] im Sinne eines affirmativen Umgangs mit Rasse erforderlich wird, um so die Konturen einer empirisch fundierten und kategorienbasierten Verfassungsdogmatik zu fördern. So knüpft das moderne Antidiskriminierungsrecht im Mehrebenensystem – wie oben dargelegt – etwa an die Abkehr von einem naturwissenschaftlichen Konzept der Rasse an, um in einem zweiten Schritt den diskriminierenden Wirkungen von Rasse als sozialem Konstrukt in privatrechtlich relevanten Bereichen entgegenzukommen.[172] In diesem konstruktivistischen Ansatz liegt die Ermöglichungsbedingung, die (noch) gelegentlich beobachtbare Unbeholfenheit oder Zurückhaltung gegenüber dem Rechtsbegriff der Rasse abzubauen, um so die Konturen einer kategorienbasierten Argumentation zu formen. In einem Mehrebenensystem hat die Auslegung und Operationalisierung des Verfassungsbegriffs der Rasse stets im Hinblick auf das im Unions- und Völkerrecht enthaltene Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse zu erfolgen.[173] Schließlich ist festzuhalten, dass bei der Auslegung etwa des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) der autonome europarechtliche Begriff der Rasse maßgeblich ist und somit das mitgliedstaatliche Verständnis von Rasse nicht ohne Weiteres herangezogen werden kann.[174]

Anschließend ist zu erörtern, wie der Begriff rassistisch im Antidiskriminierungsrecht zu verstehen ist. Hier ist zuvörderst die (nur) im deutschen Sprach-

---

[170] Vgl. Münkler (Hrsg.), Dimensionen des Wissens im Recht, 2019; *Paul Tobias Schrader*, Wissen im Recht, 2017; bestätigend auch *Anna Katharina Mangold/Mehrdad Payandeh*, Antidiskriminierungrecht – Konturen eines Rechtsgebiets, in: dies. (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, S. 3 (40). Auch in der Philosophie ist das Zurückgreifen auf außerdisziplinäres Wissen Gegenstand von Kontroversen, die vor allem die Notwendigkeit einer Metaphysik von Rasse zum Diskussionsgegenstand haben, eingehend *Adam Hochman*, In Defense of the Metaphysics of Race, Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytical Tradition 174 (2017), S. 2709.

[171] *Alexander Tischbirek*, Wissen als Diskriminierungsfrage. Kognitive Herausforderungen des Antidiskriminierungsrechts zwischen implizitem Wissen und selbstlernenden Algorithmen, in: Münkler (Hrsg.), Dimensionen des Wissens im Recht, 2019, S. 67 (85).

[172] Vgl. etwa Erwägungsgrund Nr. 6 der Richtlinie 2000/43/EG v. 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterscheidung der Rasse oder ethnischen Herkunft, ABl. L180/22 (Rasserichtlinie), mit dem die Europäische Union Theorien, mit denen versucht wird, die Existenz verschiedener menschlicher Rassen zu belegen, zurückweist; dazu *Lilla Farkas*, The meaning of racial or ethnic origin in EU law: between stereotypes and identities (Europäische Kommission), 2017; *Erica Howard*, The EU Race Directive, 2010.

[173] Für die konventionsfreundliche und -konforme Auslegung grundsätzlich BVerfG, Beschl. v. 14.10.2004, 2 BvR 1481/04 – *Görgülü*, BVerfGE 111, 307; BVerfG, Urt. v. 4.5.2011, 2 BvR 2365/09 u. a. – *Sicherungsverwahrung*, BVerfGE 128, 326; für die unionsrechtskonforme Auslegung zuletzt BVerfG, Beschl. v. 6.11.2019, 1 BvR 276/17 – *Recht auf Vergessen II*, BVerfGE 152, 216.

[174] *Feldmann et al.* (Fn. 94), S. 31 f.

gebrauch verfestigte Verwendung der „rassistischen Diskriminierung“[175] näher zu betrachten, da bereits hier die Unstimmigkeiten im juridischen Diskurs in Erscheinung treten. Erstaunlicherweise wird die mit der Wortkombination „rassistische Diskriminierung“[176] einhergehende tatbestandliche Verschiebung vom Diskriminierungsverbot wegen der Rasse zum Verbot rassistischer Diskriminierung in der Fachliteratur nur vereinzelt angesprochen.[177] Diese Änderung des Tatbestands ist jedenfalls rechtfertigungsbedürftig, da Rasse und Rassismus, aber auch rassische Diskriminierung und (struktureller) Rassismus nicht gleichbedeutend sind.[178] Nicht jede Ungleichbehandlung aufgrund der Rasse muss als rassistisch verstanden werden, etwa wenn ein*e offensichtlich unqualifizierte*r Schwarze Bewerber*in gegenüber einer oder einem qualifizierten weißen Bewerber*in bevorzugt wird.[179] Hier würde eine nichtrechtfertigbare rassische Ungleichbehandlung einer weißen Person liegen, ohne diese Bevorzugung jedoch als rassistisch zu deuten, denn historisch gesehen sind Weiße von Rassismus nicht betroffen.[180] Ein anderes Beispiel wäre die Ungleichbehandlung einer weißen französischen Person bei der Wohnungssuche, die zwar eine Diskriminierung aufgrund der ethnischen oder nationalen Herkunft, jedoch keine Form von Rassismus darstellt.[181] Vor diesem Hintergrund kann das Dis-

---

[175] Im Kontext des Strafrechts wird zwar auch „rassistisch“ etwa in § 46 StGB verwendet, jedoch beschränkt sich die hier verwendete Bedeutung von „rassistisch“ auf den Beweggrund des Täters, ohne Bezug zu Rassismus als ein gesamtgesellschaftliches Phänomen.

[176] Zuletzt noch BVerfG, Beschl. v. 2.11.2020, 1 BvR 2727/19 – *„Ugah-Ugah“*, Rn. 11: „Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, der sich gegen rassistische Diskriminierung wendet“.

[177] Verneinend etwa *Mehrdad Payandeh*, Verfassungsgerichtliche Konturierung des Verbots rassistischer Diskriminierung, NVwZ 2021, S. 1830 (1831); *Tabbara* (Fn. 7), S. 603.

[178] Ähnliche Stoßrichtung auch bei *Shreya Atrey*, Structural Racism and Race Discrimination, Current Legal Problems 2021, S. 1.

[179] Zur Verfassungskonformität von Fördermaßnahmen für Angehörige von rassisch diskriminierungsgefährdeten Gruppen, siehe *Thomas Groß*, Die Verfassungskonformität einer Quote für Eingewanderte, JZ 2021 (19), S. 880; *Ibrahim Kanalan*, Weder revolutionär noch eine Besonderheit: Fördermaßnahmen zwischen verfassungsrechtlicher Zulässigkeit und völkerrechtlicher Verpflichtung, Verfassungsblog v. 24.2.2021, https://verfassungsblog.de/weder-revolutionar-noch-eine-besonderheit/, letzter Zugriff: 24.5.2022.

[180] Wenngleich Weiße diskriminiert werden können, ist der Begriff „Anti-weißer Rassismus“ eine contradictio in terminis, denn Rassismus war und ist nie gegen Weiße gerichtet, sondern weiße und (teilweise andere Gruppen) sind in einer rassialisierten Welt stets die rassisch Privilegierten; einführend zu Weißsein Eggers et al. (Hrsg.), Mythen, Masken und Subjekt. Kritische Weißseinsforschung in Deutschland, 2005.

[181] Vgl. auch Lady Hale in UK Supreme Court, Urt. v. 16.12.2009 – Jewish Free School, Rn. 54, [2009] UKSC 15: „No one in this case is accusing [Jews' Free School] or the Office of the Chief Rabbi of discrimination on grounds of race as such. Any suggestion or implication that they are ‚racist' in the popular sense of that term can be dismissed. However, the Race Relations Act 1976 caters also for discrimination on grounds of colour, nationality or ethnic or national origins […]. This case is concerned with discrimination on account of ‚ethnic origins'. And the main issue is what that means – specifically, do the criteria used by [Jews' Free School] to select pupils for the school treat people differently because of their ‚ethnic origins'?“.

kriminierungsverbot aufgrund der Rasse nicht auf ein „Rassismusverbot" reduziert werden, obwohl es historisch und teleologisch primär Schutz für „Angehörige strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen"[182] bieten soll. Zwar untersagt das Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse sowohl unmittelbare als auch mittelbare Diskriminierung, wodurch gesellschaftlich diskriminierende Strukturen mitberücksichtigt werden können.[183] Allerdings bietet das Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse in seinem symmetrischen Gehalt, also als Differenzierungsverbot, jedenfalls auch Schutz vor ungerechtfertigter Ungleichbehandlung von zum Beispiel Angehörigen der weiß-deutschen Mehrheitsgesellschaft, ohne dass die Diskriminierung von Weißen als „Anti-weißer Rassismus"[184] zu gelten hätte.[185] In diesem Sinne würde mit „rassistisch" in bestimmten Fallkonstellationen der Schutzbereich wohl eingeschränkt, weil die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung nicht mehr erfasst würde.[186]

Eine weitere Einschränkung des Schutzbereichs würde der Alternativvorschlag „rassistisch" gegen antisemitische Diskriminierung herbeiführen, sofern eine strikte Trennung zwischen Rassismus und Antisemitismus wie sie in hiesigen Diskursen gemacht wird.[187] Mit einem solchen Rassismus- und Antisemitismusverständnis wäre es nur konsequent, die Forderung, „Rasse" durch „rassistisch und antesemitisch" zu ersetzen.[188]

Umgekehrt stellt nicht jede Form von Rassismus auch eine rechtlich sanktionierbare Diskriminierung dar, zum Beispiel wenn – im Gegensatz zu einem Schwarzen Mann – eine Schwarze Frau gerade aufgrund von stereotyper rassistischer Sexualisierungen Zugang zu einem Nachtclub gewährt wird. In diesem

---

[182] BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017, 1 BvR 2019/16 – *Geschlechtsidentität*, BVerfGE 147, 1, Rn. 59.

[183] Eingehend *Mathias Hong*, *Nora Markard* und *Mehrdad Payandeh* in diesem Band.

[184] Siehe allerdings EuGH (GK), Urt. v. 16.7.2015, Rs. C-83/14 – *CHEZ Razpredelenie Bulgarie AD*. In dem zugrunde liegenden Fall ging es um eine weiße Bulgarin, die in einem Roma-Viertel wohnt, das durch einen Stromversorger stigmatisiert und benachteiligt wurde. Ebenso ist auf das Phänomen von Diskriminierung durch Assoziation zu verweisen, bei der eine Person wegen ihres Naheverhältnisses zu einer diskriminierungsgefährdeten Person benachteiligt wird, etwa wenn einer weißen Frau mit Schwarzem Partner oder Schwarzer Partnerin der Abschluss eines Wohnmietvertrags verweigert wird; vgl EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman*.

[185] Statt vieler *Ute Sacksofsky*, Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, S. 593 (604 ff.).

[186] Eine Diskussion über den Schutzbereich bietet auch *Michael Griesbeck*, Der Begriff Rasse in Artikel 3 GG, ZAR 2021, S. 400.

[187] Vgl. EGMR, Urt. v. 20.2.2007, Nr. 35222/034 – *Pavel Ivanov/Russland*, indem der Gerichtshof Jüd*innen als eine ethnische Gruppe bezeichnet; zwar könnten Jüd*innen aufgrund ihrer Religion mittelbar ungleich behandelt werden, etwa wenn Prüfungen an einem Samstag durchgeführt würden, allerdings sei historisch unzulässig, Antisemitismus als eine (lediglich) religiöse Ungleichbehandlung zu konzipieren; einen historischen Überblick zum Verhältnis von Volk und Religion bietet *Leora Batnitzky*, How Judaism Became a Religion: An Introduction to Modern Jewish Thought, 2011.

[188] In diesem Sinne *Liebscher* in diesem Band.

Fall erfährt sie zwar eine rassistische Zuschreibung, die aber im Vergleich zu weiteren nicht-weißen Personen nicht zu einer (rechtlich relevanten) Benachteiligung aufgrund der Rasse führt. Die Diskriminierung eines Schwarzen Mannes hingegen verwirklicht sich erst durch das Zusammenwirken von Rasse und Geschlecht, weshalb hier eine intersektionale Diskriminierung aufgrund der Rasse und des Geschlechts vorliegt.[189] Dieses Beispiel veranschaulicht auch, dass nicht jede Form von Geschlechterdiskriminierung mit Sexismus gleichzusetzen ist.[190] Vor diesem Hintergrund birgt aus einer kategorienbasierten[191] antidiskriminierungsrechtlichen Perspektive die Begriffskonstitution „rassistische Diskriminierung" Risiken, sozialwissenschaftliche Konzepte wie Rassismus mit juristischen Kategorien unnötig zu trüben.

Biologistische Definitionen von Rassen als „Menschengruppen mit tatsächlichen oder vermeintlichen vererbbaren Merkmalen"[192] sind im Hinblick auf den Forschungsstand der Genetik nur irreführend.[193] In einer zutiefst rassialisierten Welt ist Rasse bei der Auslegung des Diskriminierungsverbots grundlegend als eine (ständig reproduzierte) soziale Konstruktion zu verstehen, die eine Ungleichbehandlung begründen kann. Daher sollte „wegen seiner Rasse" nicht im biologischen Sinne verstanden, sondern als „wegen seiner sozialen Rasse" konstruktivistisch gedeutet werden.[194] Dass im Alltag sozial erlernte, empirisch wahrnehmbare körperliche Differenzen nicht zu verleugnen sind, ist ein Ausdruck der Materialität von Rasse als soziale Konstruktion.[195] Durch einen solchen konstruktivistischen Ansatz wird es auch möglich, bei der Subsumtion Vergleichsgruppen wie „Weiße", „Schwarze", „Sint*ezza und Rom*ni", „Jüd*innen", „Muslim*innen", „Türken", „Araber" usw. zur Prüfung einer Un-

[189] In diesem Sinne AG Oldenburg, Urt. v. 23.7.2008, 2 C 2126/07, das von „männlichen Ausländern" spricht.

[190] Beispielhaft die männerdiskriminierende Feuerwehrabgabepflicht, ohne dass diese spezifische Ungleichbehandlung als „Sexismus gegenüber Männern" bedeute; vgl. BVerfGE 92, 91– *Feuerwehrabgabe*. Im Kontext postkolonialer Rechtsregimen ist EGMR, Urt. v. 12.4. 1985, Nr. 9214/80 – *Abdulaziz u.a./Vereinigtes Königreich* zu erwähnen (Diskriminierung aufgrund des Geschlechts wegen Verweigerung von Einreise- und Aufenthaltsgenehmigung von Ehemännern aus dem Commonwealth und Pakistan).

[191] Eingehend *Judith Froese*, Der Mensch in der Wirklichkeit des Rechts, 2022.

[192] Statt vieler *Heun* (Fn. 122), Art. 3 Rn. 129; *Christine Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 74. EL 2015, Art. 3 Abs. 3 Rn. 45; eine genealogische Spurensuche bietet *Doris Liebscher*, Rassialiserte Differenz im antirassistischen Rechtsstaat, AöR (2021), S. 87 (120 ff.).

[193] Sehr kritisch zu dieser zirkulären Definition *Payandeh* (Fn. 177), S. 1830 (1831 f.), der in Anlehnung an den „Ugah-Ugah"-Beschluss des BVerfG anstelle von „Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse" von „Verbot rassistischer Diskriminierung" spricht.

[194] Anderer Ansicht *Ludyga* (Fn. 7), S. 911 (914), nach der „Rasse" „dem Verständnis von Recht iSv Art. 20 III GG und dem Menschenbild von Art. 1 GG nicht ‚gerecht'" werde und bei einer Beibehaltung des Terminus in Rechtstexten Rassismus nicht wirkungsvoll entgegengetreten werden könne. Bereits ein flüchtiger Blick auf die umfangreiche Rechtsprechung des EGMR (siehe *Barskanmaz* [Fn. 44], S. 277 ff.) indiziert die offensichtliche Unhaltbarkeit dieser realitätsfernen, spekulative Prämisse.

[195] Siehe Fn. 158.

gleichheit heranzuziehen.[196] Denn in einer seit Jahrhunderten rassialisierten und ethnisierten Welt sind alle Menschen bereits rassialisiert und ethnisiert (und auch vergeschlechtlicht). Das Antidiskriminierungsrecht fördert mit Merkmalen wie Rasse, Hautfarbe, ethnische und nationale Herkunft diese Rassialisierungsprozesse nicht, sondern reagiert auf *nur* diskriminierende Rassialisierungen und Ethnisierungen.[197] Ein Rückgriff auf diskriminierende Rasse- und Ethnizitätskonstruktionen stellt daher im Antidiskriminierungsrecht keine Essenzialisierung[198] dar, sondern die Sichtbarmachung und Benennung solcher diskriminierenden Gruppenkonstruktionen.[199]

Das verpönte Merkmal Rasse darf demnach nicht als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen werden. Da nach humangenetischem Kenntnisstand biologische „Rassen" nicht existieren, also Rasse nur eine soziale Konstruktion sein kann, scheidet ein – in Analogie zu Geschlecht – entsprechender zwingender biologischer Grund aus.[200] Zudem stellt eine rassische Diskriminierung eine Menschenwürdeverletzung dar, die nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG nicht abwägungsfähig ist.[201] Aber auch teleologisch ist die Frage aufzuwerfen, ob es in einer postnationalsozialistischen demokratischen freiheitlichen Grundordnung[202] denkbar sein kann, dass unmittelbar oder auch mittelbar diskriminierende Maßnahmen gegenüber Jüd*innen, Sint*ezza und Romni, Schwarze, etc. mit dem „Nie-Wieder"-Versprechen des Grundgesetzes überhaupt vereinbar, also rechtfertigungsfähig, sein können.[203] Damit käme der Regelungszweck des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ernsthaft in Bedrängnis. Mit einer menschenrechtskonventionsfreundlichen Interpretation wäre außerdem festzuhalten, dass in einer demokratischen Gesellschaft eine

---

[196] *Mangold/Payandeh* (Fn. 170), S. 3 (51) vertreten die Ansicht, dass der Rechtsbegriff „Rasse" „einer einfachen, unmittelbar subsumtionsgeeigneten juristischen Definition nicht zugänglich ist". Dem ist entgegenzuhalten, dass diese Lesart selbst ein ontologisch-biologistisches Verständnis von Rasse nicht überwindet. Hingegen wird es unausweichlich, den historisch-kontingenten und sozialkonstruktivistischen Charakter von Rasse antidiskriminierungsrechtlich zu betonen und Rasse als Diskriminierungsmerkmal für die Verfassungsdogmatik fruchtbar zu machen.

[197] Ebenso *Mangold* (Fn. 51), S. 334 ff.

[198] So aber *Liebscher* (Fn. 7), (128).

[199] Ähnlich argumentieren *Baer/Markard* (Fn. 76), Rn. 441: Das Diskriminierungsverbot knüpfe nicht daran an, wie jemand ist, sondern an die entlang von Geschlecht, Rasse etc. entstandene Benachteiligung.

[200] Vgl. BVerfG, Urt. v. 28.1.1992, 1 BvR 1025/84, BVerfGE 85, 191 (207); BVerfG, Beschl. v. 24.1.1995, 1 BvL 18/93, BVerfGE 92, 91 (109).

[201] Zuletzt BVerfG, Beschl. v. 2.11.2020, 1 BvR 2727/19 – *„Ugah-Ugah"*, Rn. 15; BVerfGE, 93, 266 (293); BVerfGE 107, 275 (284); ausführlich dazu *Mathias Hong*, Der Menschenwürdegehalt der Menschenrechte, 2019, S. 411 ff.

[202] So BVerfGE 144, 20, Rn. 541 – *NPD-Verbot*.

[203] Im Kontext des racial profiling skeptisch *Tischbirek* (Fn. 167), S. 1083 f.; Kritisch einen Überblick zu Rechtfertigungsanforderungen bei Ungleichbehandlungen *Reimer* (Fn. 31), S. 709.

Rechtfertigung von einer unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung wegen der sozialen Rasse nicht in Betracht kommt.[204]

VII. Schlussbetrachtungen

Die Forderung nach der Streichung von Rasse ist Ausdruck einer deutschen Befindlichkeit, die die wichtigen Errungenschaften im Antidiskriminierungsrecht aufzugeben droht. Dabei wird ohne triftigen Grund ein kategorienbasiertes Diskriminierungsverbot (Geschlecht, Religion, Behinderung, etc.) durchlöchert. Auch die Forderung, „Rasse" durch „rassistisch" zu ersetzen, vermag nicht zu überzeugen. Denn Rassismus ist strukturell und ein gesamtgesellschaftliches Phänomen, das – auch in adjektivierter Form – ein handlungsorientiertes und personengebundenes Antidiskriminierungsrecht überfrachten würde.[205] Die Formulierung „rassistische Diskriminierung" suggeriert zudem zu Unrecht, dass Klarheit und Einigkeit über das Konzept „des Rassismus" besteht, ohne jedoch Rassismus selbst ansatzweise zu definieren.[206] Dabei werden die analytisch wesentlichen Nuancen zwischen „Rasse" und „Rassismus" missachtet. Eine sachliche und auf oben dargestellten wissenschaftlichen Erkenntnissen beruhende Auseinandersetzung mit Rasse hat daher schließlich andere Diskriminierungsmerkmale zu berücksichtigen, um so Rasse zusammen mit anderen rassismusrelevanten Kategorien wie etwa Ethnizität, Religion, Hautfarbe, Abstammung zusammenzudenken. Ein unterkomplexes Verständnis von Rasse riskiert verfassungsdogmatische Kurzschlüsse sowie eine historische Perversion des Diskriminierungsmerkmals Rasse herbeizuführen, das einer wirksamen Bekämpfung von Rassismus im Wege steht. So gut gemeint die Forderung nach einer Ersetzung von Rasse durch „rassistisch" auch sein und sich intuitiv richtig anfühlen mag, ist sie wenig förderlich, wenn nicht gar kontraproduktiv. „Rasse-Gegner*innen", die sich auf ein weites strukturelles Verständnis von Rassismus berufen, sollten sich mit dem Status Quo zufrieden geben, denn nach jetziger Verfassungsdogmatik bietet das Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse Schutz vor mittelbarer rassischer Diskriminierung, die konzeptionell gerade an ein strukturelles Verständnis von Rassismus anknüpft.

Zwar ist eine über das formale Verständnis hinausgehende materielle Konzeption des Diskriminierungsverbots für die Bekämpfung von Rassismus es-

---

[204] EGMR (GK), Urt. v. 13.11.2007, Nr. 57325/00 – *D.H. u. a./Tschechien*; für *Baer/Markard* (Fn. 76), Rn. 433 ff. können unmittelbare Diskriminierungen „nur in Ausnahmefällen" gerechtfertigt sein; *Boysen* (Fn. 122), Rn. 183 spricht von „strengsten Anforderungen".

[205] Ebenso wenig wird die Aufnahme von Sexismus und Klassismus in Art. 3 Abs. 3 GG befürwortet.

[206] Beispielhaft *Ludyga* (Fn. 7), S. 911.

senziell, allerdings ist vor allzu hohen Erwartungen an das Antidiskriminierungsrecht – jedenfalls in seiner reaktiven Funktion – zu warnen. Rechtssoziologisch betrachtet, ist das transformatorische Potential des Rechts begrenzt.[207] Dies gilt insbesondere für das Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse.[208] Schließlich kann das Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse auf Rassismus nur retroaktiv reagieren, indem es bestimmte rechtlich greifbare (Ungleichbe-)Handlungen und Verfahren mit diskriminierenden Wirkungen sanktioniert.[209]

Die Forderung nach einer Streichung oder Ersetzung des Verfassungsbegriffs der Rasse dürfte ihren Zenit bereits erreicht haben. Blickt man zurück auf die Rasse-Debatte im Jahre 2021, so bleibt ein Gefühl vom Sturm im Wasserglas zurück. Zur Bekämpfung von Rassismus als ein gesamtgesellschaftliches Phänomen hat die Debatte um den Begriff der Rasse kaum beigetragen. Die für eine Verfassungsänderung erforderliche Zwei-Drittel-Mehrheit im Bundestag und Bundesrat ist nach aktuellen parlamentarischen Kräfteverhältnissen ohne die Beteiligung der eher skeptischen Christdemokraten nicht zu erreichen. Vor diesem Hintergrund sind alle Beteiligten gut beraten, diese Debatte als endgültig abgeschlossen zu betrachten.[210] Um Rassismus wirksam zu bekämpfen bedarf es keinerlei sprachsymbolischer Nebenkriegsschauplätze, mit denen die Parteien sich in der Öffentlichkeit profilieren wollen, sondern politischen Willen, um mit wirksamen Sanktionen das Leid der Betroffenen zu mildern und den Diskriminierenden ein deutliches Zeichen zu setzen. Erforderlich ist daher ein rassismuskritisches und rassebewusstes[211] Rechtsbewusstsein, das der Tiefendimension einer solchen hartnäckigen sozialen Konstruktion der Rasse verfassungsdogmatisch und im weiteren Sinne mit dem Würde-Freiheit-Gleichheit-Nexus[212] antidiskriminierungsrechtlich gerecht wird.[213] Dass die Verfassungsdogmatik bereits heute die Ermöglichungsbedingungen eines Gelingens bietet, dürfte inzwischen ebenso wenig angezweifelt werden. Denn das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse bietet heute schon und insbesondere im Hinblick auf den menschenrechtlichen Bestand ausreichendes

---

[207] Ausführlich zu Grenzen, Potentialen und der demokratietheoretischen Legitimation des Antidiskriminierungsrechts, siehe *Mangold* (Fn. 51) S. 347; außerdem aus rechtssoziologischer Perspektive *Susanne Baer*, Rechtssoziologie, 4. Aufl. 2021, S. 226 ff.

[208] Hierzu für das US-Amerikanische Antidiskriminierungsrecht, *Kimberlé Crenshaw*, Race, Reform, Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law, in Harvard Law Review 101 (1988), S. 1331.

[209] Für eine Rassismuskritik innerhalb der Rechtswissenschaft, siehe *Carolin Stix*, Rassismuskritik in der Rechtswissenschaft, in: FS 60 Jahre Assistententagung 2021, S. 217.

[210] *Tabbara* (Fn. 7), S. 606 erwartet eine Weiterführung der Rasse-Diskussion.

[211] *Gary Peller*, Race Consciousness, Duke Law Journal 758 (1990), S. 760.

[212] *Mathias Hong*, Grundwerte des Antidiskriminierungsrechts: Würde, Freiheit, Gleichheit und Demokratie, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, S. 67.

[213] Siehe *Mangold/Payandeh* (Fn. 170), S. 3.

Arsenal, um ein sozialkonstruktivistisch informiertes Konzept von Rasse zu operationalisieren. Wer dies nicht zur Kenntnis nehmen mag, muss sich einem rückwärtsgewandten und provinzialistischen Konstitutionalismus vorwerfen lassen. Oder mit Hong: „Man sollte weder die Lernfähigkeit der Gleichheitserklärungen und Grundrechtskataloge unterschätzen, noch die Einsicht der sie Verfassenden in ihr Entwicklungspotential.“[214]

[214] *Mathias Hong* in diesem Band.

Strukturelle, institutionelle und alltägliche Rassismen

Strukturelle, institutionelle und alltägliche Benachteiligungen*

Kein Thema des Diskriminierungsverbots

Philipp Reimer

I. Fragestellung und Gedankengang

Wenn man mit „dem Diskriminierungsverbot“ in diesem verfassungsrechtswissenschaftlichen Rahmen die Vorschrift des Art. 3 Abs. 3 GG meint, dann sind „Benachteiligungen“ nach deren Wortlaut eindeutig ein „Thema“ dieses Verbots, denn „[n]iemand darf“ danach wegen gewisser Merkmale „benachteiligt oder [– außer wegen Behinderung –] bevorzugt werden“. Die eigentliche Frage ist deshalb, inwieweit die im Titel, insoweit vorgegeben, als „strukturelle, institutionelle und alltägliche“ bezeichneten Benachteiligungen zugleich solche im Sinne des Art. 3 Abs. 3 GG sind; ob sie also den Tatbestand dieser Norm erfüllen. Den so umschriebenen Fragen möchte ich in der Weise nachgehen, dass zunächst die Begriffe geklärt werden, weil „strukturell, institutionell und alltäglich“ für die Gleichheitssatzdogmatik verhältnismäßig neue Kategorien sind und der gemeinte Realbereich angegeben werden muss (dazu II.), damit die anschließende juristische Einordnung gelingen kann (dazu III.). Da das Ergebnis hier mager ausfallen wird, soll eine rechtstheoretische Reflexion weiterhelfen (dazu IV.), die danach kurz an das geltende Recht *zurück*gebunden (dazu V.) und mit einer rechtsethischen Schlussbetrachtung *ver*bunden wird (dazu VI.).

II. Begriffliche Vorfrage: welche Erscheinungen sind gemeint?

1. „Alltägliche Benachteiligung“

Noch am leichtesten fällt das Verständnis der „alltäglichen Benachteiligung“. Die Charakterisierung erfolgt hier auf den ersten Blick in situativer Hinsicht: die Benachteiligung soll *im Alltag* stattfinden und, vor allem, erfahren werden.[1]

---

* Für kritische Durchsicht und hilfreiche Anmerkungen danke ich Judith Froese, Simon Kempny und Celina Windbiel.

[1] Vgl. anhand des Diskriminierungsmerkmals der Rasse begriffsprägend *Philomena Essed*,

Offenbar geht es um Erscheinungen, die im Rahmen gewöhnlicher, eben alltäglicher Lebensvollzüge auftreten,[2] und nicht etwa um herausgehobene, eben nicht-alltägliche Widerfahrnisse. Die letzteren stehen bisher meist im Mittelpunkt des Interesses der Dogmatik der verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote; es geht dann beispielsweise um den Zugang zum öffentlichen Dienst, wo Bewerbung und Ablehnung als besondere Einzelereignisse hervortreten. Anders ist die Lage im unionalen und einfachgesetzlichen Antidiskriminierungsrecht, das gerade auch die „Massengeschäfte" (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG) des Alltags reguliert. Für uns wird die Frage lauten, inwieweit solche Erscheinungen auch vom Verfassungsrecht angesprochen werden.

2. *„Institutionelle Benachteiligung"*

Schon schwerer fällt das Verständnis der „institutionellen Benachteiligung".[3] Das liegt – außer am unterschiedlichen Gebrauch in der sozialwissenschaftlichen Literatur – an der Ambiguität des Institutionsbegriffs.

a) Institution als Aktant

Eine erste Lesart ist die Institution als *Aktant*, also im Sinne von „Organisation". Dann ist die institutionelle eine Benachteiligung, die von einer Institution als solcher ausgeht[4] (insbesondere einer staatlichen), ihr also als Verhalten zugerechnet wird.[5]

---

vor allem: Understanding Everyday Racism, Newbury Park/CA 1991; sie bestimmt den Alltag als „socialized meanings making practices immediately definable and uncontested so that, in principle, these practices can be managed according to (sub)cultural norms and expectations", wobei die „practices and meanings belong to our familiar world and usually involve routine or repetitive practices" (S. 48 f.). Zum Phänomen des „Alltagsrassismus" heute etwa *Cengiz Barskanmaz*, Recht und Rassismus, 2019, S. 59–61 m. w. N.

[2] Siehe beispielhaft die „Szenarien" bei *Essed* (Fn. 1), S. 293 f.

[3] Eine „befriedigende Definition" vermisst auch *Barskanmaz* (Fn. 1), S. 61. Erstmals vorgetragen wurde der Begriff – als „institutional racism" – offenbar von *Stokely Carmichael/Charles Hamilton*, Black Power, 1967, S. 4 f., dort aber nicht definiert; es heißt dort zur Bestimmung nur: das Phänomen „originates in the operation of established and respected forces in the society" und „relies on the active and pervasive operation of anti-black attitudes and practices" (was beides zu der zweiten nachstehenden Lesart passt); als Beispiel werden gegeben „conditions of poverty and discrimination", die sich in unzureichender Gesundheitsversorgung und schlechten Wohnbedingungen ausdrückten.

[4] *Siegfried Jäger/Margarete Jäger*, Das Dispositiv des Institutionellen Rassismus, in: Demirović/Bojadžijev (Hrsg.), Konjunkturen des Rassismus, 2002, S. 212 (214 f.); dort wird auch die Abgrenzung zu den für die Institutionen handelnden *Menschen* betont. Beides verbindet dagegen *Mechtild Gomolla*, Direkte und indirekte, institutionelle und strukturelle Diskriminierung, in: Scherr/El-Mafaalani/Gökçen Yüksel (Hrsg.), Handbuch Diskriminierung, 2017, S. 133 (134).

[5] Auf dieser Linie etwa der vielzitierte Untersuchungsbericht von *William MacPherson of*

b) Institution als Ordnungszustand

In der zweiten Lesart (wie sie etwa in verschiedenen Sozialwissenschaften erscheint[6]) ist die Institution dagegen ein *gesellschaftlicher Ordnungszustand*. Gesetz und Recht selbst erscheinen dann neben den „ungeschriebene[n] Regeln“[7] als Institution, und eine institutionelle Benachteiligung wäre in diesem Sinne eine in die Sozialordnung eingelassene und mit deren Vollzügen von den Gesellschaftsmitgliedern reproduzierte Benachteiligung.[8] Die Institution taugt dabei zugleich zur legitimatorischen Bezugnahme für diese Vollzüge.[9]

Die Zurückweisung einer solchen „institutionalisierten“ Benachteiligung gelingt nur, wenn gleichzeitig die ihr zugrundeliegende Ordnung zurückgewiesen wird. Mit diesem Ansinnen wiederum kann man sich bei in Gesetzesform gegossenen Institutionen[10] an die Gesetzgebungsorgane wenden; bei einer nicht-verrechtlichten Praxis verliert sich dagegen die Zurechnung und hat

Cluny, The Stephen Lawrence Inquiry, 1999, Cm 4262-I, Tz. 6.34, der explizit von „organisation“ spricht.

[6] Vgl. grundlegend *Arnold Gehlen*, Urmensch und Spätkultur, 1956, S. 8 f., 48 f.; *Peter L. Berger/Thomas Luckmann*, Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit (1966), 1969, bes. S. 57, 62; zu weiteren Wurzeln bei Durkheim *Raimund Hasse/Lucia Schmidt*, Institutionelle Diskriminierung, in: Bauer/Bittlingmayer/Scherr (Hrsg.), Handbuch Bildungs- und Erziehungssoziologie, 2012, S. 883 (885 f.) m. w. N.

[7] Diese stellt den Gesetzen auch zur Seite, beides als „[d]irekte institutionelle Diskriminierung“ zusammenfassend, *Gomolla* (Fn. 4), S. 145.

[8] Ein derartiges Begriffsverständnis – jeweils zu Varianten von ‚Rassismus‘ – etwa bei *Nina Bach*, Institutioneller Rassismus im NSU-Prozess, 2017, S. 14 f.; *Birgit Rommelspacher*, Was ist eigentlich Rassismus?, in: Melter/Mecheril (Hrsg.), Rassismuskritik, Bd. 1, 2009, S. 25 (30: „eingeschliffene Gewohnheiten, etablierte Wertvorstellungen und bewährte Handlungsmaximen“); ähnlich *Robert Miles/Malcolm Brown*, Racism, 2. Aufl. 2003, S. 112 („circumstances where racism is embodied in exclusionary practices or in a formally non-racialised discourse“). Auch *Cengiz Barskanmaz*, Rassismus, Postkolonialismus und Recht – Zu einer deutschen Critical Race Theory?, KJ 2008, S. 296 (297) dürfte mit der Rede vom „Strukturcharakter der alltäglichen Ausgrenzungspraktiken“ Ähnliches im Sinn haben. Den Fall, dass „rassistisches Verhalten […] in […] der Sozialmoral[] seinen Ausdruck gefunden hat“, nennt *Eric Hilgendorf*, Identitätspolitik als Herausforderung für die liberale Rechtsordnung, JZ 2021, S. 853 (859) bereits „strukturellen Rassismus“; unter dem „institutionalisierte[n]“ versteht er die Lage, dass „individueller oder struktureller Rassismus in den [!] gesellschaftlichen Institutionen, vor allem im Recht, Eingang gefunden haben“. Der Begriffsgebrauch erscheint also noch nicht gefestigt.

[9] So mit Blick auf das Verhältnis Gesetz–Verwaltung *Jäger/Jäger* (Fn. 4), S. 218.

[10] Etwa „Lehrformen und Bildungsinhalte“ des Schulrechts, wo *Rommelspacher* (Fn. 8), S. 31 eine „*implizite* Form des institutionellen Rassismus“ ausmacht. Gar das ganze Aufenthaltsrecht erklärt zum „institutionellen Rassismus“ *Ute Osterkamp*, Institutioneller Rassismus – Problematik und Perspektiven, in: Kalpaka/Räthzel/Weber (Hrsg.), Rassismus, 4. Aufl. 2019, S. 281 (281). Das ganze Phänomen wird manchmal als „legale Diskriminierung“ bezeichnet; zur Problematik dieses Begriffs vgl. *Julia Zinsmeister*, Legale Diskriminierung im Rechtssystem, in: Scherr/El-Mafaalani/Gökçen Yüksel (Fn. 4), S. 265.

man keinen Ansprechpartner – weder für den Vorwurf[11] noch für die Korrektur.[12]

Führt man den Gedanken der „institutionalisierten" Benachteiligung *ad extremum*, wird vielleicht nicht nur eine einzelne gesetzesgestützte Praxis, sondern das Rechtssystem *in toto* als unbehebbar „weiß" oder „männlich" und damit als institutionelle Benachteiligung anders markierter Individuen gesehen.[13] Zu einer solchen Totalablehnung hat, das darf man vorwegnehmen, das Recht selbst nicht mehr viel zu sagen; wenn das Rechtssystem insgesamt eine „institutionelle" Benachteiligung sein sollte, dann jedenfalls keine rechtlich verbotene.

3. „Strukturelle Benachteiligung"

Als größtes definitorisches Problem erweist sich – ungeachtet der Verbreitung und offenkundigen Beliebtheit des Begriffs[14] – jedoch die „strukturelle Benachteiligung". Hier ist zunächst zwar die Semantik klarer: der Begriff beschreibt eine „Struktur", also einen *gesellschaftlichen Zustand*, und bezieht sich nicht auf bestimmte Aktanten, die benachteiligen würden, und dementsprechend auch nicht auf bestimmte Verhaltensweisen, die benachteiligend wären.[15]

a) Prämisse: objektivierte Gruppeneinteilung

Auch auf der Seite der Benachteiligten zeigt sich ein anderes Bild. Während von einem bestimmten Verhalten jeweils gesagt werden kann, wen es konkret benachteilige, geraten bei der „strukturellen" Benachteiligung die Individuen aus dem Blick. „Strukturelle" Benachteiligung wird immer über Gruppen ausgesagt, die der Sprecher damit implizit als etwas Feststehendes ansieht.[16]

---

[11] Woraus Menschen auch die Konsequenz ziehen könnten, sich von der „[Mit-]Verantwortung für Diskriminierung freizusprechen": *Gomolla* (Fn. 4), S. 141.

[12] *Gomolla* (Fn. 4), S. 134; *Alexander Somek*, Moral als Bosheit, 2021, S. 88 spricht in Anlehnung an *John Gardner* vom fehlenden „Distributionsagent[en]".

[13] Ähnlich kritisch insoweit etwa *Wolfang Thierse*, Wie viel Identität verträgt die Gesellschaft?, FAZ v. 22.2.2021, S. 9.

[14] Vgl. nur das Plädoyer von *Michael Grünberger/Anna Katharina Mangold/Nora Markard/Mehrdad Payandeh/Emanuel V. Towfigh*, Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, NJW 2021, S. 1799, Rn. 31 u.ö. Juris verzeichnet am 23.11.2021 zu „strukturelle Benachteiligung" 769 Einträge aus den verschiedensten Rechtsgebieten (bis hin zur Lage der Privatkrankenhäuser) und 364 weitere Einträge zu „strukturelle Diskriminierung"; in vielen Fällen würde nach den hier vorgeschlagenen Definitionen von „institutionalisierter Benachteiligung" zu sprechen sein.

[15] Manchmal wird daher „strukturell" auch als Oberbegriff zu „institutionell" verwendet, etwa bei *Rommelspacher* (Fn. 8), S. 30. Verwandt ist auch das Konzept der „strukturellen Gewalt" nach *Johan Gattung*, Strukturelle Gewalt, 1975, S. 45 und passim.

[16] Das spricht im Übrigen auch nach wie vor gegen eine Einbeziehung der sogenannten mittelbaren Diskriminierung in den Tatbestand von Art. 3 Abs. 3 GG, vgl. m. w. N. *Philipp*

Für die Katalogmerkmale von Art. 3 Abs. 3 GG ist das keineswegs selbstverständlich, und gerade für das Merkmal „Rasse“ wird in der Dogmatik betont, dass es hier um staatliche Zuschreibungen und nicht um objektiv gegebene Eigenschaften geht.[17] Wenn die Annahme objektiv gegebener Rassen[18] nach Meinung mancher bereits als solche „rassistisch“ sein soll,[19] impliziert mithin auch die Rede von „struktureller rassistischer Benachteiligung“ selbst eine „rassistische“ Position.[20]

b) Begriffsinhalt: wann ist eine Gruppe benachteiligt?

Das Hauptproblem der „strukturellen“ Benachteiligung liegt aber darin, dass durch das Absehen von konkretem Verhalten der Bezugspunkt in der Wirklichkeit abhandenkommt. Weder ist klar, unter welchen Voraussetzungen eine Gruppe als „strukturell“ benachteiligt angesehen werden soll,[21] noch, auf welche Weise dies festgestellt werden kann. Solange dies nicht geklärt ist, bildet die „strukturelle“ Benachteiligung eine untaugliche Analysekategorie.

aa) Zahlenmäßiges Nichtabgebildetsein als solches?

Wenn man die „strukturelle“ nicht mit der „institutionalisierten“ Benachteiligung gleichsetzt,[22] kommt die Rede dann meist schnell auf das Abgebildetsein[23]

Reimer, Sonstige besondere Gleichheitssätze, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4, 2. Aufl. 2022, i. E., § 130 Rn. 38 f.

[17] Vgl. *Reimer* (Fn. 16), § 130 Rn. 47 f.

[18] Und nicht erst deren Verknüpfung mit einem unterschiedlichen „axiologischen Status“, also die Zuschreibung von *Werten* an wie auch immer gebildete Gruppen; vgl. *Dieter Schönecker*, Rassismus, Rasse und Wissenschaftsfreiheit, Philosophisches Jahrbuch 127 (2020), S. 248 (258 [Zitat], 260). Das gäbe in der Tat mehr Sinn: eine Hypothese über Empirisches „könnte wahr sein“ (ebd., S. 268), während Wertungen einem Wahrheitsurteil von vornherein nicht zugänglich sind.

[19] In diesem Sinne *Martin S. Fischer/Uwe Hoßfeld/Johannes Krause/Stefan Richter*, Jenaer Erklärung. Das Konzept der Rasse ist das Ergebnis von Rassismus und nicht dessen Voraussetzung, 2019, https://www.uni-jena.de/190910_JenaerErklaerung, letzter Zugriff: 24.5.2022. Für sachliche Rekonstruktion der diesbezüglichen Debatten siehe *Uwe Kischel*, Rasse, Rassismus und Grundgesetz, AöR 145 (2020), S. 227 (241–246) und *Schönecker* (Fn. 18), S. 265–270; scharfe Erwiderung allerdings von *Doris Liebscher*, Rassialisierte Differenz im antirassistischen Rechtsstaat, AöR 146 (2021), S. 87.

[20] Auf den Widerspruch macht aufmerksam *Schönecker* (Fn. 18), S. 257.

[21] Was heißt etwa „historische und sozialstrukturelle Verdichtung von Diskriminierungen, die nicht mehr klar auf bestimmte Institutionen zurückgeführt werden können“, wie *Gomolla* (Fn. 4), S. 148 die „strukturelle Diskriminierung“ definiert? Was ist „ein strukturelles Phänomen“, wie *Barskanmaz* (Fn. 8), S. 301 den Rassismus kennzeichnet?

[22] In diese Richtung wohl *Michael Grünberger/Anna Katharina Mangold/Nora Markard/Mehrdad Payandeh/Emanuel V. Towfigh*, Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis: Ein Essay, 2021, S. 36 f.; der Sache nach auch *Ulrich Battis*, Entwicklung des Beamtenrechts im Jahre 1989, NJW 1990, S. 1214 (1215), der eine gesetzliche Regelung als „typische strukturelle Benachteiligung von Frauen“ bezeichnet.

[23] Der zugegebenermaßen unhandliche Ausdruck wird hier statt des verbreiteteren Wor-

einer Gruppeneinteilung der Gesamtbevölkerung (oder einer anderen Ausgangsmenge) in einem bestimmten Funktionsbereich: in Volksvertretungen[24] und Regierungen, im öffentlichen Dienst allgemein und speziell etwa in Hochschullehrerschaft oder Richterschaft[25], in Aufsichtsräten und Vorständen,[26] in gewissen Gehaltsgruppen, bei der Vergabe von Stipendien[27] oder bei der Verteilung der Medienaufmerksamkeit[28] – um nur einige Diskussionsfelder zu nennen.[29]

Dabei wird man oft feststellen, dass eine Gruppeneinteilung – etwa nach Geschlecht – nicht proportional abgebildet wird, sondern dass bestimmte Gruppen in bestimmten Funktionsbereichen stärker vertreten sind als andere.[30] Wenn man bereits diesen Umstand als „strukturelle Benachteiligung" definieren will – etwa weil man bereits die „Unsichtbarkeit" als „kränkend" empfindet[31] oder darin eine frühere unmittelbare institutionalisierte Benachteiligung fortwirken sieht[32] –, kann man das natürlich tun. Für mich ist im reinen Zahlenverhältnis ein irgendwie gearteter „Nachteil" jedenfalls noch nicht erkennbar.[33]

---

tes „Repräsentation" gewählt, dessen eigene politiktheoretische Konnotationen vermieden werden sollen, wenn wirklich nur von den Zahlen die Rede ist. Zur Problematik der Repräsentation vgl. m. N. nur *Patrick Hilbert*, Baden-Württemberg, in: Kaiser/Michl (Hrsg.), Landeswahlrecht, 2020, S. 93 (116) und *Anna Katharina Mangold*, Repräsentation von Frauen und gesellschaftlich marginalisierten Personengruppen als demokratietheoretisches Problem, in: Eckertz-Höfer/Schuler-Harms (Hrsg.), Gleichberechtigung und Demokratie, 2019, S. 109.

[24] Hierauf bezieht sich die Diskussion um „Paritätsgesetze", dazu m. N. *Philipp Reimer*, Gleichberechtigung von Männern und Frauen, in: Stern/Sodan/Möstl (Fn. 16), § 129 Rn. 87.

[25] Siehe etwa *Mehrdad Payandeh*, Die Sensibilität der Strafjustiz für Rassismus und Diskriminierung, DRiZ 2017, S. 322 (324).

[26] Dazu zuletzt *Philipp Kowalski*, Geschlechterquoten im Kapitalgesellschaftsrecht, RW 2021, S. 148.

[27] Siehe etwa die Stipendienstudie 2016 der Stiftung Mercator, https://www.stiftung-mercator.de/content/uploads/2020/12/Mystidpendium_-_Stipendienstudie_2016.pdf, letzter Zugriff: 24.5.2022. Zuletzt berichtet die dpa über eine Jenaer Studie, wonach auch Ostdeutsche hier unterrepräsentiert seien, vgl. „Ostdeutsche bei Stipendien unterrepräsentiert", Die Zeit v. 21.9.2021, https://www.zeit.de/news/2021-09/21/ostdeutsche-bei-stipendien-unterrepraesentiert, letzter Zugriff: 24.5.2022.

[28] Siehe etwa – zur diesbezüglichen Diskussion betreffend die Berichterstattung über Vermisstenfälle – *Frauke Steffens*, Die Angst um das weiße Fräulein in Not, FAZ v. 15.10.2021, S. 9.

[29] Ein „Diversitätsdefizit in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis" beobachten etwa *Grünberger/Mangold/Markard/Payandeh/Towfigh* (Fn. 22), S. 22–35.

[30] Schon dies sollte allerdings nicht nur auf „Alltagsplausibilität" gestützt, sondern empirisch belegt werden, vgl. in diesem Band *Judith Froese*, S. 55, 56, 61.

[31] Zu dieser Dimension der „Präsenzrepräsentation" vgl. *Somek* (Fn. 12), S. 100 f. m. N.

[32] In diese Richtung in diesem Band *Nora Markard*, S. 161 ff., 167 ff.; wohl auch *Cara Röhner*, Der diskriminierungsfreie Zugang zu Staatsämtern: Paritätsgesetze als demokratisches Antidiskriminierungsrecht, DÖV 2022, 103 (104).

[33] Ebenso offenbar *Gomolla* (Fn. 4), S. 144. Gar „wissenschaftlich unseriös" nennt „die Gleichsetzung von Unterrepräsentation und Diskriminierung" *Hans-Werner Laubinger*, Die Frauenquote im öffentlichen Dienst, VerwArch 87 (1996), S. 305, 473 (506 f.).

bb) Typische Drucksituation als Ursache?

Wer diesen Zweifel teilt, für den kann das Nichtabgebildetsein höchstens ein Beweisanzeichen für eine *dahinterliegende* „strukturelle Benachteiligung" sein.[34] Die Abbildung einer Gruppe in einem Funktionsbereich ist zumindest vordergründig die Resultante einer großen Zahl individueller Entscheidungen. Die Diskussion kann sich dann auf diese Ebene verlagern und die Freiwilligkeit dieser Entscheidungen in Abrede stellen:[35] nicht die Individuen begäben sich in ungünstige Positionen, sondern sie würden hineingedrängt,[36] und in diesem Druck[37] bestehe die „strukturelle Benachteiligung". Das klingt auf den ersten Blick paternalistisch, ließe sich aber prinzipiell sozialpsychologisch untersuchen, sollte ohne eine derartige Untersuchung allerdings nicht einfach behauptet werden.[38]

In dieser Deutung wäre eine „strukturelle Benachteiligung" allenfalls noch zu verstehen als der Umstand, dass typischerweise auf Individuen aus bestimmten Gruppen ein stärkerer Druck hin zu bestimmten Entscheidungen ausgeübt wird. Problematisch wäre allerdings die Annahme, dass bei Wegfall dieses Drucks in allen Bereichen alle Gruppen fürderhin zahlenmäßig abgebildet würden: dazu müsste man zusätzlich noch behaupten und belegen, dass im Zustand der Willensmangelfreiheit auch alle Präferenzen gleich verteilt wären.[39] Mit

---

[34] Ein solches Verständnis steht offenbar auch hinter der Definition „institutioneller Diskriminierung" bei *Hasse/Schmidt* (Fn. 6), S. 883 als „dauerhafte Benachteiligungen [gemeint: zahlenmäßig?] sozialer Gruppen, die auf überindividuelle Sachverhalte […] sowie auf kollektiv verfügbare Begründungen zurückgeführt werden". Eine „strukturelle Benachteiligung" als Ursache der „Einkommensunterschiede" postuliert auch bereits *Wolfgang Gitter*, Gleichberechtigung der Frau: Aufgaben und Schwierigkeiten, NJW 1982, S. 1567 (1567), beschreibt diese dann aber über Korrelationen mit einkommensrelevanten Faktoren, deren „Benachteiligungs"-Charakter selbst darzutun wäre („Leichtlohngruppen", „kürzere Wochenarbeitszeit" u. a.).

[35] So spricht von einer bloßen „Ideologie individueller Autonomie" *Osterkamp* (Fn. 10), S. 296; später erklärt sie „die Untersuchung der vielfältigen Behinderungen individueller Lebens- und Ausdrucksmöglichkeiten" aber immerhin zum Desiderat empirischer Forschung (ebd., S. 306).

[36] Vgl. zum Freiwilligkeitsproblem etwa *Somek* (Fn. 12), S. 90 f.

[37] Sei es „der systemische Effekt von normativen Strukturen": *Somek* (Fn. 12), S. 89, seien es „Deutungsmuster und Sozialisationsprozesse" oder andere faktische Umstände: *Röhner* (Fn. 32), S. 104 (Zitat); *Sven Jennessen/Nicole Kastirke/Jochem Kotthaus*, Diskriminierung im vorschulischen und schulischen Bereich, 2013, S. 19; unbestimmter sieht *Berit Völzmann*, Paritätsregelungen im Wahlrecht zwischen Parteienfreiheit, Gleichstellungsgebot und Demokratieprinzip, DVBl 2021, 496 (497), die „strukturelle Benachteiligung" in „gesellschaftlich unterschiedlichen Erwartungen". Zwei Varianten des Drucks unterscheidet *Kowalski* (Fn. 26), S. 159 f.: „gläserne Decke" und „goldener Käfig" (in Bezug auf das Geschlecht hält er beides für empirisch widerlegbar).

[38] Gleichsinnig *Gomolla* (Fn. 4), S. 145 mit der Forderung nach Untersuchungen „auf der Mikro- und Mesoebene der Organisationen"; siehe auch *Osterkamp* (Fn. 10), S. 306.

[39] *Somek* (Fn. 12), S. 104 spricht zu Recht von einer „fragwürdigen kontrafaktischen Un-

Alexander Somek ist auch „schwer zu sagen, was daran schlimm sein sollte", wenn sich stattdessen eine Nichtabbildung willensmangelfrei ergäbe.[40]

cc) Individuelle Benachteiligungen als Folge?

Hält man weder das Nichtabgebildetsein für ein *malum in se* noch die es verursachenden Entscheidungen generell für willensmangelbehaftet, dann könnte man zumindest noch seine Folgen problematisieren[41] und etwa annehmen, dass es „das Gerichtsverfahren [...] besonders anfällig dafür [mache], dass Vorurteile und stereotype Vorstellungen Verhalten und Entscheidung [...] beeinflussen"[42]. Die „strukturelle Benachteiligung" verliert dann aber den konzeptionellen Eigenwert und wird herabgestuft zu einer möglichen Ursache möglicher individueller Benachteiligungen.

c) Zwischenergebnis: „strukturelle Benachteiligung" ist kein ertragreiches Konzept

„Strukturelle Benachteiligung" erweist sich nach allem als eine primär rhetorische Formel mit appellativer Funktion und negativer moralischer Ladung,[43] aber ohne deutlich bestimmten Sachgehalt.[44] Sie ist insofern ein Spiegelbild zum moralisch positiv geladenen, aber ebenso offenen Begriff der „sozialen Gerechtigkeit".[45] Von ihrem wissenschaftlichen Gebrauch muss eher abgeraten werden.

---

terstellung". Zu erwarten sind vielmehr „kulturelle Unterschiede" (ebd., S. 94). Vgl. außerdem ebd., S. 93–96, 98, 113.

[40] *Somek* (Fn. 12), S. 94.

[41] Außer der im Text genannten: möglicherweise würde eine anders zusammengesetzte Richterschaft sowohl zu anderen Entscheidungsergebnissen gelangen als auch andere dogmatische Wege beschreiten, meint im US-amerikanischen Kontext und unter Verweis auf immerhin punktuell vorhandene Empirie *Sherrilyn A. Ifill*, Racial Diversity on the Bench: Beyond Role Models and Public Confidence, Washington and Lee Law Review 57 (2000), S. 405 (453–455 bzw. 456). Das verweist auf die vorhandenen Spielräume der Rechtsgewinnung (vgl. nur *Philipp Reimer*, Verfahrenstheorie, 2015, S. 332–341), ergibt aber höchstens ein rechtspolitisches Argument (andere Ergebnisse sind ja nicht schon an sich gut).

[42] So *Payandeh* (Fn. 25), S. 324; generalisiert bei *Grünberger/Mangold/Markard/Payandeh/Towfigh* (Fn. 22), S. 60 f.: „Fehlende Sensibilität im Rechtssystem für die Perspektiven von *People of Color*".

[43] Letztere weist auch der Begriff „institutioneller Rassismus" auf, wie *Jäger/Jäger* (Fn. 4), S. 216, 220 betonen (und befürworten).

[44] Die „deontische Bedeutung" steht hier im Vordergrund, vgl. *Fritz Hermanns*, Deontische Tautologien, in: Klein (Hrsg.), Politische Semantik, 1989, S. 69 (74 f.).

[45] Vgl. dazu nachdrücklich *Friedrich August von Hayek*, Law, Legislation and Liberty, Bd. 2: The Mirage of Social Justice, Chicago 1976 und – anhand des Godesberger Programms der SPD – noch einmal *Hermanns* (Fn. 44), S. 94 f.

III. Rechtsdogmatische Hauptfrage: welche Erscheinungen erfüllen den Tatbestand von Art. 3 Abs. 3 GG?

Nach diesem Blick auf den Realbereich sei nun der Blick gewendet auf die Verfassungsrechtslage und die Frage gestellt, inwieweit die betrachteten Erscheinungen den Tatbestand des besonderen Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 3 GG erfüllen können – zunächst in der allein unumstrittenen *abwehrrechtlichen* Dimension dieser Bestimmung.

Dazu möchte ich kurz an die allgemeine Tatbestandsstruktur von Gleichheitssätzen erinnern:[46] Den persönlichen Anwendungsbereich bildet das Dreieck Verpflichteter – Gleichzubehandelnder – Vergleichsperson. Sachlich steht im Mittelpunkt die Ungleichbehandlung zwischen Gleichzubehandelndem und Vergleichsperson durch den Verpflichteten. Diese Ungleichbehandlung muss bei den Diskriminierungsverboten als Benachteiligung oder Bevorzugung wirken und „wegen" eines Katalogmerkmals erfolgen; auch darf sie nicht gerechtfertigt sein. Ist all dies gegeben, müssen die Verpflichteten die Ungleichbehandlung unterlassen und ggf. ihre Folgen beseitigen.

1. Persönlicher Anwendungsbereich

Betrachtet man zunächst den persönlichen Anwendungsbereich, so erfasst die Grundrechtsnorm des Art. 3 Abs. 3 GG nur die Staatsgewalt in deren diversen Ausprägungen als Verpflichtete. Diese Lesart von Art. 1 Abs. 3 GG, eine unmittelbare Grundrechtsbindung Privater abzulehnen, ist auch heute weitestgehend anerkannt, und zwar sowohl in der Verfassungsrechtsprechung[47] als auch im Schrifttum.[48] Versuche, Private einer grundrechtsähnlichen Bindung zu unterwerfen, werden meist auf dem Weg der mittelbaren Drittwirkung begründet und liegen damit außerhalb der von uns zuerst in den Blick genommenen Abwehrrechtsdimension.

Auf unser Thema bezogen folgt daraus: Soweit jeweils die *Staatsgewalt* ungleichbehandelt, fallen die Benachteiligungen in den persönlichen Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 3 GG. Im Einzelnen:

(1) Die „alltägliche" Benachteiligung ist ein Verfassungsrechtsthema, wenn sie von Behörden ausgeht. Zu denken ist an Alltagssituationen, in denen man

---

[46] Dies folgt begrifflich *Simon Kempny/Philipp Reimer*, Die Gleichheitssätze, 2012, S. 29–151; speziell zu Art. 3 Abs. 3 GG vgl. *Reimer* (Fn. 16), § 130 Rn. 21–74.

[47] Siehe BVerfGE 148, 267 (283 f., Rn. 40 f.).

[48] Siehe statt aller *Uwe Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, Stand: 15.8.2021, Art. 3 Rn. 92. Eine Gegenstimme erhebt neuerdings wieder *Andreas Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich. Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020.

z.B. Polizeibeamten, Lehrkräften, Gemeindebediensteten, Wahlvorständen oder – innerhalb des öffentlichen Dienstes – Vorgesetzten gegenübersteht.[49]

(2) Die „institutionelle“ Benachteiligung im aktantenbezogenen Verständnis ist ein Verfassungsrechtsthema, wenn die benachteiligende Institution gerade eine grundrechtsverpflichtete solche ist, also namentlich ein Verwaltungsträger bzw. eine Behörde oder ein öffentliches Unternehmen.

(3) Die als „institutionalisierte“ verstandene „institutionelle“ Benachteiligung ist ein Verfassungsrechtsthema, soweit die Schaffung oder Förderung des benachteiligenden gesellschaftlichen Ordnungszustands der Staatsgewalt zuzurechnen ist. Das wird besonders dann der Fall sein, wenn der benachteiligende Ordnungszustand verrechtlicht ist und auf einen bestimmten staatlichen Rechtsakt, etwa ein Gesetz, zurückgeführt werden kann.

(4) Die „strukturelle“ Benachteiligung, verstanden als rein zahlenmäßiges Nichtabgebildetsein, könnte man dem persönlichen Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 3 GG zumindest insoweit zuordnen, als sie staatliche Funktionsbereiche wie Volksvertretungen und öffentlichen Dienst betrifft.

(5) Die „strukturelle“ Benachteiligung, verstanden als typische Drucksituation gerade bei bestimmten Gruppen zugeordneten Individuen, fällt zumindest insoweit in den persönlichen Anwendungsbereich, als die Schaffung oder Förderung der Drucksituation gerade der Staatsgewalt zuzurechnen ist.

Schon *ratione personae* von vornherein kein Thema des abwehrrechtlichen Diskriminierungsverbots aus Art. 3 Abs. 3 GG sind damit

(6) die alltägliche Benachteiligung durch einen anderen Privaten,

(7) die Benachteiligung durch private Institutionen oder

(8) das Nichtabgebildetsein einer irgendwie definierten Gruppe in einem privaten Funktionsbereich.

Hier manifestiert sich jeweils die eigene grundrechtliche Freiheitsbetätigung anderer Privater oder, zivilistisch gesprochen, deren Privatautonomie.[50]

2. *Ungleichbehandlungstatbestand*

Was sodann die sachlichen Tatbestandsmerkmale angeht, bedarf vor allem die Ungleichbehandlung selbst besonderer Aufmerksamkeit. Sie kann allgemein verstanden werden als Behandlung des einen Teils auf eine gewisse Weise und

---

[49] Vgl. zu entsprechenden „Diskriminierungserfahrungen von *People of Color*“ nur *Grünberger/Mangold/Markard/Payandeh/Towfigh* (Fn. 14), Rn. 10 m. w. N.

[50] Zur Aufarbeitung der diesbezüglichen Grundrechtslage vgl. nur *Matthias Jestaedt*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2005), S. 298 (330–349).

Nicht-Behandlung des anderen Teils auf die gleiche Weise.[51] Erforderlich ist also ein Verhalten des Verpflichteten. Bei Art. 3 Abs. 3 GG muss die Staatsgewalt *behandelt* haben.

Das ist ohne Weiteres gegeben, wenn alltägliche, institutionelle oder institutionalisierte Benachteiligungen von der Staatsgewalt ausgehen. In diesen Fallgruppen steht jeweils ein konkretes Verhalten in Rede – sei es ein individueller Realakt, sei es eine abstrakt-generelle Gesetzgebung –, das manche Individuen gegenüber anderen nachteilig trifft.[52]

Anders liegt es dagegen bei der „strukturellen" Benachteiligung, und zwar in beiden angesprochenen Verständnissen und auch insoweit, als man sie dem persönlichen Anwendungsbereich vielleicht noch zuordnen könnte:

(1) Beim zahlenmäßigen Nichtabgebildetsein liegt bereits kein staatliches Verhalten vor, gesprochen wird vielmehr nur über einen gewissen Zustand.

(2) Bei der typischen Drucksituation, wo die Entscheidungsfreiheit mancher eingeschränkt wird, kann eine solche Einschränkung zwar von der Staatsgewalt ausgehen. Sie wäre insbesondere als Freiheitsrechtseingriff zu diskutieren. Ein Thema von Art. 3 Abs. 3 GG würde daraus nur, soweit sich zweierlei dartun ließe: dass erstens die Staatsgewalt andere Individuen nicht in dieser Weise beschränkt und dass zweitens diese Ungleichbehandlung gerade wegen der Zuschreibung eines Katalogmerkmals erfolgt. Das dürfte kaum je der Fall sein.

3. Zwischenergebnis: abwehrrechtliche Relevanz ist begrenzt

Es wird deutlich, dass für das Abwehrrecht aus Art. 3 Abs. 3 GG die Begriffe der „alltäglichen" und der „institutionellen" Benachteiligung wenig austragen und die „strukturelle" Benachteiligung grundsätzlich außerhalb des Tatbestands liegt.[53]

Alle weiteren möglichen Regelungsgehalte („Grundrechtsfunktionen") von Art. 3 Abs. 3 GG sind umstritten. Sowohl die Annahme einer Schutzpflicht ge-

---

[51] Vgl. *Kempny/Reimer* (Fn. 46), S. 46–59 (bes. 51 f.); *Simon Kempny*, Mittelbare Rechtssatzverfassungsbeschwerde und unmittelbare Grundrechtsverletzung, Der Staat 53 (2014), S. 557 (621); *Simon Kempny/Martina Lämmle*, Der „allgemeine Gleichheitssatz" des Art. 3 I GG im juristischen Gutachten, JuS 2020, S. 22 (25), 113 (113), 215.

[52] Dies gilt sogar, wenn man „mittelbare Benachteiligungen" für tatbestandlich halten wollte, weshalb über diese (wenig überzeugende) Auffassung hier nicht gesprochen zu werden braucht. Vgl. zu diesem Problem statt aller in diesem Band *Judith Froese*, S. 61 ff.;, *Reimer* (Fn. 16), § 130 Rn. 38 f. sowie jüngst *Biljana Vrhovac*, Mittelbare Diskriminierung. Verfassungsrechtliche Kritik einer fragwürdigen Gleichheitskonzeption, 2021.

[53] Das erkennen tendenziell auch *Grünberger/Mangold/Markard/Payandeh/Towfigh* (Fn. 14), Rn. 16 an, denen zufolge Ungleichbehandlungsverbote „nur begrenzt geeignet [sind], den aufgezeigten Exklusionsmechanismen entgegenzuwirken".

genüber privaten Benachteiligungen[54] als auch die Annahme einer Förderpflicht zugunsten typischerweise Benachteiligter gehören aber aus Gründen des Wortlauts,[55] der Systematik[56] und der Entstehungsgeschichte[57] verworfen. Diese Diskussion braucht hier nicht ein weiteres Mal geführt zu werden.

Damit kann die gestellte Frage schon teilweise beantwortet werden: Die drei Erscheinungen sind nur in engen Grenzen „Thema des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots".

IV. Rechtstheoretische Zwischenfrage: was für ein Regelungsgehalt könnte überhaupt gegen „strukturelle Benachteiligung" in Stellung gebracht werden?

Vorgehen möchte ich daher auf eine andere Weise und fragen, welchen Regelungsgehalt Art. 3 Abs. 3 GG (oder eine andere Verfassungsbestimmung) überhaupt aufweisen *müsste*, um gegen „strukturelle Benachteiligung" in Stellung gebracht werden zu können. Das ist der Sache nach eine (materiell-)rechtstheoretische[58] Frage, über die sich Diskursteilnehmer auch dann miteinander verständigen können sollten, wenn sie dem positiven Recht unterschiedliche Inhalte zusinnen wollen.

1. Strukturverbot?

Einigkeit sollte man so schnell darüber erzielen können, dass die „strukturelle Benachteiligung", da sie kein Verhalten darstellt, sondern einen Zustand, als solche nicht zum Gegenstand einer verpflichtenden Norm gemacht werden kann. „Strukturelle Benachteiligung" zu *verbieten*[59] wäre ähnlich sinnlos wie seinerzeit auf der berühmten Titanic-Grafik das Schild „Waldsterben verboten! Die Bundesregierung"[60].

---

[54] Dafür tendenziell aber *Grünberger/Mangold/Markard/Payandeh/Towfigh* (Fn. 22), S. 52.

[55] „Niemand darf" leitet deutlich ein (hier passiv formuliertes) Verbot ein.

[56] Umkehrschluss aus Art. 36 GG, vgl. unten V.

[57] Dazu m. N. *Reimer* (Fn. 24), § 129 Rn. 68.

[58] Der Begriff „materielle Rechtstheorie" ist bereits vorgeschlagen bei *Philipp Reimer*, Rechtstheoretisches zur Abgrenzung von Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Holoubek/Lang (Hrsg.), Verwaltung und Verwaltungs-/Finanzgerichtsbarkeit, 2020, S. 13 (14).

[59] Wenn *Barskanmaz* (Fn. 8), S. 300 in den Benachteiligungsverboten des AGG „konkrete Mittel zur Bekämpfung von struktureller Diskriminierung" sieht, dürfte dahinter ein Verständnis der letzteren im Sinne des hier „institutionalisierte Benachteiligung" Genannten stehen.

[60] Ursprünglich Titanic 12/1984, heute einsehbar unter https://www.titanic-magazin.de/postkarten/karte/bonn-rettet-den-wald-1940/, letzter Zugriff: 24.5.2022.

Nachgerade kontraproduktiv wäre wohl eine *Feststellungsnorm*, die für die Rechtsanwendung verbindlich setzte, dass es „strukturelle Benachteiligung" nicht gebe.

Man wird also mit höherer Auflösung hinsehen müssen.

2. Handlungspflicht

Sofern man die „strukturelle" Benachteiligung bereits in einem zahlenmäßigen Nichtabgebildetsein erkennt und nach einem rechtlichen Weg zur Abhilfe sucht, ist das Zwischenziel also, den Anteil einer Gruppe in einem Funktionsbereich zu erhöhen und korrespondierend den Anteil wenigstens einer anderen Gruppe zu verringern.[61] Eine solche Anteilsveränderung kann jemandem *vorgeschrieben* werden.

Am Beispiel: Angenommen, jemand hielte es für eine „strukturelle Benachteiligung", dass in der deutschen Hochschullehrerschaft der Frauenanteil geringer ist als in der Gesamtbevölkerung. Dann könnte man der Staatsgewalt allgemein, der Gesetzgebung, den Hochschulen oder anderen geeigneten Normadressaten *vorschreiben*, diesen Anteil zu erhöhen. Für die Erfüllung einer solchen Pflicht – in der Verfassungsdogmatik meist „Staatsziel" genannt – kann man sich verschiedene Mittel denken.

3. Handlungserlaubnis

Für manche dieser Mittel[62] sind Maßnahmen erforderlich, die die Rechtsordnung sonst generell verbietet. Dann braucht es aus rechtstheoretischer Perspektive zusätzlich zur Handlungspflicht einer weiteren Norm, nämlich einer *positiven Erlaubnis*, um das generelle Verbot *in concreto* auszusetzen. Auslegung kann dazu führen, die Erlaubnis derselben Normtextpassage wie die Pflicht zu entnehmen; aber die beiden Dinge fallen nicht zwingend und nicht stets zusammen.

---

[61] Zumindest für die Verringerungsvariante kann man ausschließen, dass verkappt doch nur Partikularinteressen gefördert werden sollen. Für die Erhöhungsvariante – wo Stellen und andere Vorteile zu gewinnen sind – steht dieser Verdacht stets im Raum (vgl. allgemeiner *Somek* [Fn. 12], S. 110: „Identität wird behauptet, um Vorteile zu haben und Nachteile zu vermeiden"). Deshalb werden hier rechtspolitisch Zusatzargumente vorgetragen, etwa bei *Grünberger/Mangold/Markard/Payandeh/Towfigh* (Fn. 14), Rn. 21.

[62] Ausgeblendet bleiben die unproblematischen Instrumente, die weder freiheits- noch gleichheitsrechtlicher Rechtfertigung bedürfen – etwa die sehr bedenkenswerten, von *Grünberger/Mangold/Markard/Payandeh/Towfigh* (Fn. 14), Rn. 27 in Bezug auf das Nichtabgebildetsein von Einwanderergruppen angeregten „zusätzlichen Angebote[] zum für den Erfolg im Jurastudium entscheidenden Gebrauch der Hochsprache".

a) Pflichterfüllung durch Freiheitsrechtseingriff?

Generell verboten wäre es etwa, den Frauenanteil dadurch zu erhöhen, dass man reihenweise männliche Hochschullehrer erschösse. Für einen solchen Eingriff in das Recht auf Leben aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG bedürfte es einer gesetzlichen *Erlaubnis*, die der Verpflichtungsnorm als solcher nicht unbedingt zu entnehmen ist (und die auch verfassungswidrig wäre).

b) Pflichterfüllung durch Ungleichbehandlung?

Generell verboten in diesem Sinne wäre es aber auch, den Frauenanteil dadurch zu erhöhen, dass man bei Neueinstellungen nur noch Frauen berücksichtigte. Selbst wenn wir zur Vereinfachung Art. 33 Abs. 2 GG ausblenden, steht das Verbot der Bevorzugung wegen des Geschlechts aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG einem solchen Vorgehen eindeutig entgegen. Es bedarf schon recht rabiater Umdeutungen, um aus dem Verbot der Bevorzugung wegen *seines* Geschlechts ein Verbot nur wegen *eines bestimmten* Geschlechts zu machen (und entsprechend für die anderen Katalogmerkmale).[63]

Einfachgesetzlich kann dieses Verbot mangels Gesetzesvorbehalts für die Staatsgewalt[64] nicht ausgehebelt werden. Es bedürfte also einer verfassungsrangigen *Erlaubnis*. Ob Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG eine solche enthält, ist bekanntlich hochumstritten.[65]

---

[63] So aber tatsächlich *Susanne Baer/Nora Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 418–423; dem folgend *Thomas Groß*, Die Verfassungskonformität einer Quote für Eingewanderte, JZ 2021, 880 (882), und wohl auch *Liebscher* (Fn. 19), S. 127. Wie hier dagegen die einstweilen noch h. M., etwa *Christine Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 74. EL 2015, Art. 3 Abs. 3, Rn. 29 f.

[64] Anderes gilt für das gesetzliche Verbot von Benachteiligungen unter Privaten aus §§ 7, 19 AGG, dem § 5 AGG eine Bevorzugungserlaubnis für „Positive Maßnahmen“ beigesellt. Auf den öffentlichen Dienst darf diese Erlaubnis nicht angewandt werden, weil sie hier gegen Art. 3 Abs. 3 GG verstieße. Das deutsche Benachteiligungsverbot wird insoweit auch nicht unionsrechtlich verdrängt, weil die Richtlinien den Mitgliedstaaten hier nur eine Erlaubnis geben: Art. 5 RL 2000/43/EG, Art. 7 RL 2000/78/EG, Art. 6 RL 2004/113/EG sagen jeweils nur „hindert die Mitgliedstaaten nicht daran“, Art. 3 RL 2006/54 formuliert „können […] beibehalten oder beschließen“. Für verfassungsrechtliche Umsetzungsgrenzen auch *Ulrike Wendeling-Schröder*, Grund und Grenzen gemeinschaftsrechtlicher Diskriminierungsverbote im Zivil- und Arbeitsrecht, NZA 2004, S. 1320 (1321 f.); die Kommentarliteratur zu § 5 AGG behandelt die Frage, soweit ersichtlich, nicht und attestiert der Vorschrift insgesamt die Verfassungsmäßigkeit, etwa *Alex Baumgärtner*, in: Looschelders (Hrsg.), BeckOGK AGG, Stand: 15.9.2021, § 5 Rn. 20; *Axel Stein*, in: Wendeling-Schröder/Stein (Hrsg.), AGG, 2008, § 5 Rn. 8; keine Äußerung zum Sonderproblem der Anwendung dieser Vorschrift im öffentlichen Bereich auch im Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 8.6.2006, BT-Drs. 16/1780, S. 33 f.

Außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs des AGG, etwa bei der Vergabe von Zuwendungen aus eigenem Vermögen, dürfen Privaten in Ausübung ihrer Freiheitsrechte ohnehin nach den Kriterien entscheiden, die der Staatsgewalt verboten sind, und tun dies offenbar auch zunehmend; „The woking class“, The Economist v. 4.9.2021, S. 34.

[65] Dazu noch unter V.

c) Unmögliche Pflichterfüllung – Regelungsinkongruenz?

Sollte eine Anteilsveränderung nur mit generell verbotenen Mitteln durchgeführt werden können, aber eine Erlaubnis dazu nicht gegeben sein, dann stehen die Handlungspflicht und das generelle Verbot im Konflikt miteinander, weil sie nicht beide zugleich befolgt werden können.[66]

Eine derartige Regelungsinkongruenz zwischen gruppenbezogener Vorgabe und individuenbezogenem Bevorzugungsverbot finden wir praktisch durchaus vor: etwa wenn durch Gesetz, Satzung oder Verwaltungsvorschrift eine „Erhöhung des Frauenanteils" vorgegeben ist[67] und im Auswahlverfahren doch ohne Ansehen des Geschlechts entschieden werden muss.[68] Das lässt sich rechtstheoretisch zwar unproblematisch rekonstruieren, aber ist rechtspolitisch ausgesprochen fragwürdig, weil mit einer derartigen Vorgabe auf die Akteure des Verfahrens ein Druck hin zum Rechtsbruch ausgeübt wird.

4. Zwischenergebnis: Handlungspflichten und -erlaubnisse wären erforderlich

Wir können zu der rechtstheoretischen Zwischenfrage jedenfalls festhalten: Wenn „strukturelle Benachteiligung" ein Zustand ist, dann bedürfte es zu ihrer Bekämpfung Rechtsnormen, die erstens zur Beseitigung dieses Zustands verpflichteten und vor allem zweitens von etwa entgegenstehenden generellen Verboten entbänden.

V. Rechtsdogmatische Rückfrage: gibt es das im Grundgesetz?

Ob sich derartige Rechtsnormen im deutschen Verfassungsrecht[69] finden, ist dann die sich anschließende rechtsdogmatische Frage. Sie stellt sich vor allem im

---

66 Vgl. zur Konfliktanalyse auf Befolgungsebene differenziert *Ewald Wiederin*, Was ist und welche Konsequenzen hat ein Normkonflikt?, Rechtstheorie 21 (1990), S. 311.

67 So etwa in Nordrhein-Westfalen nach § 6 Abs. 3 Landesgleichstellungsgesetz v. 9.11.1999 (GV.NRW., 590) i. d. F. Art. 1 Nr. 6 G v. 6.12.2016 (GV.NRW., 1051) im „Gleichstellungsplan", womit sich die meisten Dienststellen der unmittelbaren und mittelbaren Landesverwaltung „konkrete Zielvorgaben bezogen auf den Anteil von Frauen bei Einstellungen, Beförderungen und Höhergruppierungen, um diesen in den Bereichen, in denen sie unterrepräsentiert sind, bis auf 50 Prozent zu erhöhen", geben müssen.

68 Wie außer Art. 3 Abs. 2, 3, Art. 33 Abs. 2 GG auch einfachrechtlich insbesondere § 9 BeamtStG explizit ausspricht.

69 Ein anderes sind Pflichten, die die Bundesrepublik Deutschland durch völkerrechtliche Verträge auf sich genommen hat, namentlich aus Art. 2 Abs. 2 Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung v. 7.3.1966 (BGBl. II 1969, S. 962); dazu in diesem Band *Mehrdad Payandeh*, S. 237. Derartige Normen können aber in der deutschen Rechtsordnung gegen grundgesetzliche Verbote nichts ausrichten, wie zuletzt

Hinblick auf die erforderlichen Handlungserlaubnisse. Meine Antwort lautet insoweit: Ja, es gibt im Grundgesetz *eine* Erlaubnis zur Abweichung vom Bevorzugungsverbot zwecks Erfüllung einer gruppenbezogenen Vorgabe.[70] Das ist Art. 36 Abs. 1 S. 1 GG,[71] betrifft den Funktionsbereich des öffentlichen Dienstes bei den obersten Bundesbehörden und erlaubt ausnahmsweise die Bevorzugung von Beamtenbewerbern aus einer bestimmten Heimat (im Sinne von Art. 3 Abs. 3 S. 1 Merkmal 5 GG), um ein „angemessene[s] Verhältnis" zu erreichen.[72]

Für das Merkmal „Geschlecht" besteht eine solche Erlaubnis nicht, weil die staatliche Pflicht aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG ausdrücklich nur auf ein Fördern und ein Hinwirken gerichtet ist. Die „Formelkompromisse" von 1994,[73] die sogenannte „starre Quoten" gerade ausschließen sollten,[74] haben sicher keinen weitergehenden Regelungsgehalt.[75]

Für eine Bevorzugung wegen des Merkmals „Rasse", das im Mittelpunkt dieser Tagung steht, besteht nicht einmal ein derartiger textlicher Anhalt.

VI. Rechtsethische Nachfrage: sollte es das geben?

Die geltende Rechtslage zeigt sich hier eindeutig wie selten. Angesichts der dennoch intensiven Streitstände auf diesem Gebiet möchte ich diese Überlegungen mit einer kurzen rechtsethischen Besinnung abschließen, also auf die Ebene einer normativen Bewertung der Normen wechseln.[76]

---

von BVerfGE 141, 1 anerkannt (trotz Betonung der völkerrechtsfreundlichen „Auslegung" in Rn. 71 f.).

[70] Daneben finden sich weitere gegenüber Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG wirksame Erlaubnisse zu Bevorzugung und Benachteiligung, etwa im Staatskirchenrecht (vgl. im Zusammenhang *Jost-Benjamin Schrooten*, Gleichheitssatz und Religionsgemeinschaften, 2015, S. 244–276), die aber nichts mit der Abbildung relativer Gruppenstärken zu tun haben. Für das Merkmal der Behinderung enthält Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG bereits kein Bevorzugungsverbot, von dem eximiert werden müsste.

[71] Art. 36 Abs. 2 GG stellt für den Bereich der Streitkräfte sogar die Verpflichtung auf, die „landsmannschaftlichen Verhältnisse zu berücksichtigen"; wenn das ebenfalls zu einer Benachteiligung der Heimat wegen führen sollte, wird man auch insoweit eine entsprechende Erlaubnis annehmen müssen; vgl. *Wolfram Höfling*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), BK-GG, 2018, Art. 36 Rn. 77 f., der „eine Berücksichtigung als Hilfskriterium" für möglich hält.

[72] Vgl. *Höfling* (Fn. 71), Art. 36 Rn. 73–76. Diskutiert wird in diesem Zusammenhang vor allem, ob die Bevorzugung sogar an den Eignungskriterien von Art. 33 Abs. 2 GG vorbei erfolgen darf oder nur als „Hilfskriterium", also an Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG vorbei.

[73] *Josef Isensee*, Mit blauem Auge davongekommen – das Grundgesetz, NJW 1993, S. 2583 (2585).

[74] Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission v. 5.11.1993, BT-Drs. 12/6000, S. 50.

[75] So aber *Liebscher* (Fn. 19), S. 127, die sogar meint, „positive Maßnahmen" seien „ausdrücklich [!] möglich".

[76] Die politisch-praktischen Aspekte entsprechender Regelungen seien dabei außen vor gelassen. Dass „positive Diskriminierung" absurde Züge annehmen kann, zeigt das Beispiel der indischen Kastenquoten für den öffentlichen Dienst, auf die offenbar über 80 Prozent der

„Gerechtigkeit“ ist bekanntlich ein großer Begriff und, schaut man näher hin, im Abstrakten auch völlig unklar.[77] Er steht hier als Chiffre für die rechtsethischen Gedanken, deren Niederschlag man in Bestimmungen wie Art. 3 Abs. 3 GG sehen kann. Auf dieser Ebene tritt ein fundamentaler Unterschied deutlich hervor, den der Oberbegriff „Gleichheitssätze“ normalerweise kaschiert.

1. Handlungsgerechtigkeit

Denn in erster Linie konzipieren wir rechtsdogmatisch die Gleichheitssätze als Ungleichbehandlungsverbote. Sie fordern die Gleichheit der Behandlung, eben die Gleichbehandlung. Diese erscheint als grundsätzlich gerecht, solange die verglichenen Individuen sich nicht gerade im Zusammenhang mit dem Gegenstand der Behandlung voneinander unterschieden. Man kann hier von „Handlungsgerechtigkeit“ sprechen: Die Gleichbehandlung ist eine Modalität, die der Normadressat – in unserem Kontext: die Staatsgewalt – bei allem seinem Handeln beachten muss.[78]

Die anknüpfungsabhängigen[79] Gleichheitssätze wie Art. 3 Abs. 3 GG ergänzen das um den Hinweis, dass bestimmte Merkmale generell als unerheblich für den Gegenstand der Behandlung anzusehen sind. Der Normadressat soll deshalb ohne Ansehung der Katalogmerkmale handeln, also merkmalsblind.

Unabhängig davon, inwieweit Merkmalsblindheit praktisch-empirisch jeweils erreicht werden kann,[80] muss man ihren Gerechtigkeitswert – wie er schon in der Augenbinde der Justitia aufscheint – nicht kleinreden, gleichviel, ob es um Geschlechtsblindheit, „Rassen-“ oder „Farbenblindheit“,[81] Religionsblindheit oder auch Heimatblindheit geht. Wenn etwa infolge einer Quotenvorgabe ein Individuum auf ein solches Merkmal reduziert und aussortiert wird,

---

Bevölkerung Anspruch erheben können; „The shadow caste casts“, The Economist v. 11.9. 2021, S. 45.

[77] Statt aller: *Hans Kelsen*, Das Problem der Gerechtigkeit, in: ders., Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 355.

[78] Daher rührt im dogmatischen Kontext die Bezeichnung der Gleichheitssätze als „modaler“ Rechte, vgl. zuerst *Jürgen Schwabe*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 23 und *Michael Sachs*, Zur dogmatischen Struktur der Gleichheitsrechte als Abwehrrechte, DÖV 1984, S. 411 (414).

[79] Zur Begrifflichkeit vgl. erneut *Kempny/Reimer* (Fn. 46), S. 80–98.

[80] In manchen Kontexten ist sie ohne Zweifel möglich – wie beim wortlosen Vorspiel hinter einer Trennwand bei der Auswahl von Musikern, wo sowohl das Körper-Sehen als auch das Sprechen-Hören als Ablenkungsfaktoren ausgeschaltet sind. Dass das angesichts nicht-abbildender Ergebnisse manchen nicht genügt, illustriert die divergierenden Gerechtigkeitsvorstellungen; vgl. zum Fall nur *Somek* (Fn. 12), S. 85 f.

[81] *Grünberger/Mangold/Markard/Payandeh/Towfigh* (Fn. 22), S. 59 attestieren insoweit „Defizite“; ein anderes ist aber, ob nicht die „Farbenblindheit“ zumindest regulative Idee bleiben sollte.

bedeutet das nicht nur seine Objektifizierung und Instrumentalisierung, sondern ist unter dem Gesichtspunkt der Handlungsgerechtigkeit zunächst einmal „ungerecht“. Dass es von dem Behandelnden vielleicht einer „dominanten Gruppe“ zugeordnet werden mag,[82] ist ein Gesichtspunkt, der diese Würdigung der individuellen Situation nicht ändert.

2. Zustandsgerechtigkeit

Etwas ganz anderes ist es, Gleichheit nicht auf die Behandlung, sondern auf die Lage von Individuen zu beziehen – wie es bei der Rede von „struktureller Benachteiligung“ geschieht. Hier tragen Ungleichbehandlungsverbote nichts aus, sondern es geht um Aufträge – Pflichten und zugehörige Erlaubnisse – zur Veränderung gesellschaftlicher Zustände. Man kann hier von einer „Zustandsgerechtigkeit“ sprechen, worauf solche Aufträge abzielen.[83]

Ersichtlich begegnet uns hier die Nähe von „struktureller Benachteiligung“ und „sozialer Gerechtigkeit“ wieder. Bei der zahlenmäßigen Abbildung relativer Gruppenstärken geht es ebenso um eine Ausprägung von Zustandsgerechtigkeit wie bei dem Bemühen um eine geringere Varianz in der Vermögens- oder Einkommensverteilung.

Die Veränderung eines derartigen gesellschaftlichen Zustands erfordert stets Ungleichbehandlungen.[84] Zustands- und Handlungsgerechtigkeit stehen damit bereits abstrakt in einem Spannungsverhältnis, dessen Auflösung nur wertend möglich ist. Dabei kann man typisierend einen Bezug zu politischen Grundpositionen herstellen: Die Gesellschaft grundsätzlich zu lassen, wie sie ist, verbindet konservative und liberale Werthaltungen. Die Gesellschaft verändern zu wollen, verbindet „Progressive“ – die inzwischen sogenannte „illibe-

---

[82] Wie es programmatisch etwa im Konzept des „Dominierungsverbots“ bei *Ute Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1996, bes. S. 312–315, 349–380 zum Ausdruck kommt.

[83] Das Konzept erscheint gelegentlich in der Politischen Philosophie. Dort zum einen im verwandten Zusammenhang mit Verteilungsfragen (dazu sogleich im Text), vgl. – selbst deutlich ablehnend – *von Hayek* (Fn. 45), S. 31 f. sowie – die zeitliche Dimension betonend – *Robert Nozick*, Anarchy, State and Utopia, 1974, S. 153–155. Bei *Kelsen* (Fn. 77), S. 355 (bes. 357 f.) bleibt der Zustand als Bezugspunkt der Gerechtigkeit – offenbar als fernliegend – ganz ausgeblendet; dagegen erscheint er „primarily“ bei *dems.*, What is Justice?, in: ders., What is Justice?, 1957, S. 1. Zum anderen in der Platonexegese, wo „Zustandsgerechtigkeit“ mit „der rechten inneren Ordnung der Polis“ identifiziert wird: *Ute Kleemeier*, Grundfragen einer philosophischen Theorie des Krieges, 2002, S. 87.

[84] *Stefan Huster*, Gleichheit als philosophisches und juristisches Konzept, ZÖR 2019, S. 845 (847, 856); *Christian Starck*, Die Anwendung des Gleichheitssatzes, in: Link (Hrsg.), Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat, 1982, S. 51 (55 f.).

rale Linke"[85] – und Reaktionäre miteinander[86] (neben dem freundlichen „Sozialtechnologen" hatte der böse „Arzt am Volkskörper"[87] schließlich ebenfalls eine Präferenz für Zustandsveränderungen).

Wer die Zustandsveränderung befürwortet, kann diese Wertung entweder im Sinne eines Selbstzwecks setzen; das ist einer weiteren rationalen Analyse nicht zugänglich.[88] Alternativ kann er die Wertung über fernere Zwecke begründen, zu deren Förderung die Zustandsveränderung beitragen soll. Solche ferneren Zwecke werden dann meist als „Gemeinwohl" oder „öffentliches Interesse" ausgeflaggt. Rechtsethisch kann in dieser zweiten, instrumentellen Variante dann nicht nur die normative Wertsetzung in Frage gestellt werden („warum ist das Gemeinwohl gut?"), sondern vor allem auch die faktische Wirksamkeit des Mittels („nützt das dem Gemeinwohl wirklich?").

Tatsächlich wird die Zustandsveränderung hin zu einer Abbildung relativer Gruppenstärken nicht von all ihren Befürwortern (nur) als Selbstzweck gesetzt. Teilweise sucht man auch nach einer instrumentellen Begründung, sie sei für das Gemeinwohl nützlich, und meint sie etwa in der Prognose zu finden, ohne eine Gruppenabbildung würde die Rechtsordnung an Akzeptanz verlieren.[89] Die Stabilität der Rechtsordnung ist dann der – kaum in Frage zu stellende – Gemeinwohl-Wert. Das daran anschließende empirische Argument sollte aber genau unter die Lupe genommen werden.[90]

---

[85] „The threat from the illiberal left", The Economist v. 4.9.2021, S. 7 f. (mit Briefing ebd., S. 13–16). Dagegen ordnet *Hilgendorf* (Fn. 8), S. 858 die „Identitätspolitik" dem Liberalismus zu.

[86] Allgemeiner bemerkt die Nähe „linker" und „rechter" Identitätspolitik auch *Hilgendorf* (Fn. 8), S. 857 Fn. 40; vgl. dazu auch *Florian Coulmas*, Identity, Oxford 2019, bes. S. 61 f.

[87] Vgl. *Ulrich Herbert*, Best. Biographische Studien über Radikalismus, Weltanschauung und Vernunft 1903–1989, 3. Aufl. 1996, S. 163–168. Zum „Social Engineering" als „Bestandteil des faschistischen Genozids" auch *Osterkamp* (Fn. 10), S. 304 f.

[88] Sondern höchstens einer (sozial)psychologischen Erklärung, wie es zu solchen Wertungen kommen könnte. *Somek* (Fn. 12), S. 112 bietet als Erklärung an: „Die Gruppenrepräsentation fungiert als ein gigantischer narzisstischer Spiegel, in dem unser beleidigtes Selbstsein den Schein der Erlösung erblickt."

[89] So etwa *Grünberger/Mangold/Markard/Payandeh/Towfigh* (Fn. 14), Rn. 17 f., 21; *dies.* (Fn. 22), S. 61 f.; s. a. schon *Ifill* (Fn. 41), S. 443 f.

[90] Im Hinblick auf den hinter dem jeweiligen Bevölkerungsanteil zurückbleibenden Anteil von Frauen oder von Personen aus unteren Einkommensgruppen in gewissen gesellschaftlichen Funktionsbereichen liegt die Prognose fern, hierdurch würde die Akzeptanz der Rechtsordnung gefährdet; dafür dauern diese Zustände wohl schon zu lange an. Das Argument bei *Grünberger/Mangold/Markard/Payandeh/Towfigh* (Fn. 14), Rn. 18 scheint denn auch eher auf das Nichtabgebildetsein von Einwanderergruppen gemünzt zu sein, wo aber mit erheblichen anderen, namentlich auch kulturellen Faktoren für die Akzeptanz oder Nichtakzeptanz der deutschen Rechtsordnung zu rechnen ist. Aufgenommen werden müssten hier politikwissenschaftliche Argumentationsfäden zur Akzeptanz als „fremd" empfundener Herrschaft, wie sie etwa bei *Michael Hechter*, Alien Rule, 2013, verfolgt werden.

VII. Knappes Fazit

Um den damit so weit aufgespannten Bogen nun zu schließen, ziehe ich ein ganz knappes Fazit:

Das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot interessiert sich nicht für gesellschaftliche Ungleichheiten, die die Staatsgewalt nur vorfindet. Man kann das anders regeln. Aber Art. 3 Abs. 3 GG gibt dafür nichts her.

Struktureller und institutioneller Rassismus

Eine juristische Perspektive

Nora Markard[*]

Die Begriffe „struktureller Rassismus" und „institutioneller Rassismus" haben im Zuge der Diskussion um eine mögliche Reform des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG in der juristischen Debatte in der letzten Zeit einige Unruhe ausgelöst. Manchen erscheinen sie als Teil eines Projekts der „versuchten Umwandlung" von Begriffen, mit denen praktisch alles zu Rassismus erklärt und dann als solcher mit Verve und mit den Mitteln des Rechts bekämpft werden könne.[1] Dies wäre freilich ein Missverständnis.

Tatsächlich handelt es sich bei diesen Begriffen nicht um Rechtsbegriffe, sondern um analytische Begriffe aus der sozialwissenschaftlichen Ungleichheitsforschung, die sich auf die empirisch zu beobachtende Perpetuierung von formal längst überwundenen Ungleichheiten beziehen (dazu I.). Allerdings kann es durchaus als Aufgabe des Antidiskriminierungsrechts verstanden werden, auf solche Phänomene zu reagieren. Denn wenn historisch verfestigte Nachteile Menschen in vergleichbarer Weise in ihrer Entfaltung behindern wie ihr rechtlich sanktionierter Ausschluss von Entfaltungsmöglichkeiten, dann kann dies einer Gesellschaft, deren Verfassung ihre Mitglieder als Freie und Gleiche voraussetzt, nicht egal sein. In dieser Auffassung äußert sich freilich ein materiales Gleichheitsverständnis (dazu II.). Das Antidiskriminierungsrecht ist auch in der Lage, das beschriebene Phänomen mit seit langem eingeführten dogmatischen Figuren zu adressieren (dazu III.).

I. Begriffsklärung

Die Begriffe „struktureller" und „institutioneller Rassismus" werden in der sozialwissenschaftlichen Literatur teils mit unterschiedlichen, teils mit sich überschneidenden Bedeutungen, teils auch synonym verwendet.[2] Trotz der un-

---

[*] Die Verfasserin dankt Victoria Guijarro Santos und Marlene Stiller für hilfreiche Recherchen.

[1] So offenbar *Uwe Kischel*, Rasse, Rassismus und Grundgesetz: Verfassungsrechtliche, interdisziplinäre und rechtsvergleichende Aspekte, AöR (145) 2020, S. 227.

[2] Dazu *Cengiz Barskanmaz*, Recht und Rassismus: Das menschenrechtliche Verbot der

terschiedlichen Wortwahl lässt sich jedoch eine gewisse konzeptionelle Kongruenz feststellen.[3] Im hiesigen, rechtswissenschaftlichen Beitrag soll institutionelle Diskriminierung (und damit institutioneller Rassismus) als ein Unterfall der strukturellen Diskriminierung begriffen werden, der sich auf Institutionen im Sinne von Organisationen bezieht.

1. Strukturelle Diskriminierung

Bereits der Begriff der strukturellen Diskriminierung wird unterschiedlich gefüllt. In den deutschen Sozialwissenschaften wird hierunter teils eine so massive Verdichtung von Diskriminierung in Alltagssituationen verstanden, dass sie als unausweichlich erscheint. So beschreibt *Gomolla* strukturelle Diskriminierung als

> „historische und sozialstrukturelle Verdichtung von Diskriminierungen, die nicht mehr klar auf bestimmte Institutionen zurückgeführt werden können, z.B. wenn sich Vorurteilsstrukturen im Alltag zu einem face-to-face-Rassismus verdichten, der zu massiven Diskriminierungen auf dem privaten Wohn- und Arbeitsmarkt sowie zu persönlichen Gewaltverbrechen führt".[4]

Gomolla selbst bezeichnet das, was andere[5] als strukturelle Diskriminierung bezeichnen, demgegenüber als „indirekte Diskriminierung". Der Begriff der indirekten Diskriminierung ist allerdings in der Rechtswissenschaft, in deren Kontext sich dieser Beitrag bewegt, mit einer anderen Bedeutung eingeführt; er bezeichnet dort – synonym auch als mittelbare Diskriminierung – Nachteile aus einer Maßnahme, die formal nicht an eine Diskriminierungskategorie anknüpft, sich aber „auf die durch ein Merkmal markierten Menschen mehrheit-

---

Diskriminierung aufgrund der Rasse, 2019, S. 61 f. Siehe auch *Mechtild Gomolla*, Direkte und indirekte, institutionelle und strukturelle Diskriminierung, in: Scherr et al. (Hrsg.), Handbuch Diskriminierung, 2016, S. 133 (149).

[3] So fordert es der Schüler im Faust: „Doch ein Begriff muß bey dem Worte seyn." Mephistopheles antwortet: „Schon gut! Nur muß man sich nicht allzu ängstlich quälen; / Denn eben wo Begriffe fehlen, / Da stellt ein Wort zur rechten Zeit sich. / Mit Worten lässt sich trefflich streiten, / Mit Worten ein System bereiten.", *Johann Wolfgang von Goethe*, Faust, Der Tragödie erster Teil, Zeilen 1993–1998. *Marx* hat das von Mephistopheles aufgespießte Phänomen seinerseits als „professoraldeutsche Begriffsanknüpfungs-Methode" bezeichnet; *Karl Marx*, Randglossen zu Adolph Wagners „Lehrbuch der politischen Ökonomie" [1879/80], in: Marx/Engels Werke, 1987, S. 355 (371).

[4] *Gomolla* (Fn 2.).

[5] Vgl. z.B. *Fred L. Pincus*, From Individual to Structural Discrimination, in: ders./Ehrlich (Hrsg.), Contending Views on Prejudice, Discrimination, and Ethnoviolence, 1994, S. 82 (84 ff.); *Heiner Bielefeldt*, Das Diskriminierungsverbot als Menschenrechtsprinzip, in: Hormel/Scherr (Hrsg.), Diskriminierung: Grundlagen und Forschungsergebnisse, 2010, S. 21 (30 f.).

lich oder typischerweise negativ auswirkt“[6]. Der Begriff der indirekten Diskriminerung soll daher im vorliegenden Beitrag der Verwendung als juristischer terminus technicus vorbehalten bleiben (näher dazu unten in Abschnitt II.2.).

Mit *Altman* lässt sich strukturelle Diskriminierung stattdessen wie folgt beschreiben:

„When the rules of a society’s major institutions reliably produce disproportionately disadvantageous outcomes for the members of certain salient social groups and the production of such outcomes is unjust, then there is structural discrimination against the members of the groups in question, apart from any direct discrimination in which the collective or individual agents of the society might engage.“[7]

Dieser Begriff von struktureller Diskriminierung entspricht in etwa dem, was in den 1960er Jahren in den USA von *Stokely Carmichael* und *Charles Harrison* unter dem Schlagwort des „institutionellen Rassismus“ in die Diskussion gebracht wurde[8] – freilich vor dem Hintergrund eines weiten soziologischen Institutionenbegriffs, der nicht (wie hier) auf Institutionen im Sinne von Organisationen, sondern auf institutionalisierte Praxen abstellt.[9] Ihr Konzept des institutionellen Rassismus reagierte auf damals vorherrschende Ansätze in der Soziologie und Sozialpsychologie, die Rassismus in individuellen Vorurteilen verorteten.[10] Aus dieser Perspektive stellt sich Rassismus als Summe diskriminierender Einstellungen und der daraus resultierenden individuellen Handlungen dar; damit genügt es, Rassismus auf dieser individuellen Ebene entgegenzutreten, um seine Effekte zu beseitigen.

---

[6] *Susanne Baer/Nora Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 429–431.

[7] *Andrew Altman*, Discrimination, in: Zalta (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2020.

[8] Dazu *Stokely Carmichael/Charles V. Hamilton*, Black Power: The Politics of Liberation in America, 1967, S. 4 f.; diese stellen ihn individuellem Rassismus gegenüber.

[9] Institutionen lassen sich soziologisch definieren als „Handlungsregulierungen, die von (relativer) Dauer, immer normativ (wertbezogen) und mit Sanktionen verbunden sind, Verhaltensregeln verbindlich machen und auf der Basis bestimmter Werte und Leitideen soziale Beziehungen regulieren“; so *Karl-Siegbert Rehberg*, Institution, I. Soziologische Perspektiven, in: Oberreuter (Hrsg.), Staatslexikon, 8. Aufl. online (Version 4.1.2021, 09:00 Uhr) 2021, o. S. Dieses Verständnis geht auf *Durkheim* zurück, der hierunter „regelmäßige und typische, nicht im Einzelfall begründete und statistisch erwartbare Sachverhalte“ versteht (so *Raimund Hasse/Lucia Schmidt*, Institutionelle Diskriminierung, in: Bauer et al. (Hrsg.), Handbuch Bildungs- und Erziehungssoziologie, 2021, S. 883 [886]) und von der Soziologie als der „Wissenschaft von den Institutionen, deren Entstehung und Wirkungsart“ spricht; *Emile Durkheim*, Die Regeln der soziologischen Methode, 8. Aufl. 2014, S. 100. *Althusser* dagegen verwendet den Begriff „Apparat“, vgl. *Louis Althusser*, Ideologie und ideologische Staatsapparate, in: ders., Ideologie und ideologische Staatsapparate: Aufsätze zur marxistischen Theorie, 1977, S. 37 ff. Die Begriffsverwendung ist insgesamt sehr uneinheitlich; so resümiert *Dubiel*: „Die Verwendung des Begriffs ‚I.‘ in der wissenschaftlichen Umgangssprache ist von einer kaum präzisierbaren Allgemeinheit.“ *Helmut Dubiel*, Institution, in: Ritter/Gründer/Gabriel (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 4, 1976, Sp. 418, doi: 10.24894/HWPh. 1978.

[10] *Hasse/Schmidt* (Fn. 9), S. 883.

Die Perspektive einer institutionellen – bzw. in *Altmans* Sinne strukturellen – Diskriminierung geht dagegen davon aus, „dass Mechanismen institutioneller Diskriminierung unabhängig von individuellen Vorurteilen oder negativen Absichten operieren und aufrechterhalten werden können“[11]; eine diskriminierende Motivation im Sinne eines vorurteilsgeleiteten Handelns ist insofern gerade nicht erforderlich. Der Begriff zielt daher auf „dauerhafte Benachteiligungen sozialer Gruppen, die auf überindividuelle Sachverhalte wie Normen, Regeln und Routinen sowie auf kollektiv verfügbare Begründungen zurück geführt werden.“[12] Spätere Untersuchungen im US-amerikanischen Kontext berufen sich auf den „New Institutionalism“, der unter Institutionen „frequently repeated, rule-like, socially ordering grammars“ versteht und sich damit ebenfalls nicht auf Organisationen sondern auf Praxen bezieht.[13]

Zusammenfassend bezeichnet der Begriff der strukturellen Diskriminierung daher das folgende Phänomen: Selbst wenn Regeln zur gezielten Benachteiligung bestimmter Gruppen längst abgeschafft sind, kann die auf diesen Regeln basierende historische Praxis dazu geführt haben, dass die Benachteiligung sich in gesellschaftlichen Praxen und Strukturen sedimentiert hat, die benachteiligende Effekte weiterhin, quasi „von sich aus“ erzeugen – und zwar auch unabhängig davon, dass die handelnden Akteure selbst die Vorurteile aktivieren, die die historische Benachteiligung begründeten.[14] Mit *Bielefeldt* bezeichnet strukturelle Diskriminierung insofern „solche Formen von Diskriminierung, hinter denen nicht (oder jedenfalls nicht direkt) ein oder mehrere personale ‚Tätersubjekte‘ stehen, sondern die aus existierenden gesellschaftlichen Strukturen resultieren.“[15]

a) Die Brücke über den Southern Parkway

Ein plastisches Beispiel – oder vielleicht eher ein Symbol – für solche Wirkungen ist eine Brücke. Der Architekt *Robert Moses* (1888–1981) hat die Infrastruktur der Stadt New York geprägt wie wenige andere. Eines seiner größten Projekte ist der Jones Beach State Park, der 1929 eröffnete; bei guter Verkehrslage ist er

[11] So die Formulierung bei *Gomolla* (Fn. 2), S. 133.

[12] *Hasse/Schmidt* (Fn. 9), S. 883.

[13] So bei *Ian F. Haney López*, Institutional Racism: Judicial Conduct and a New Theory of Racial Discrimination, Yale Law Journal 109 (2000), S. 1717 (1723 f.); dabei folgen Akteure komplexen „Skripten“, ohne darüber nachzudenken; ebd., S. 1725. Der Aufsatz untersucht das Phänomen, dass Richter in Los Angeles kaum mexikanisch-amerikanische Grand-Jury-Mitglieder benannten, obwohl alle von ihnen eine intentionale Diskriminierung verneinten. Zum britischen Kontext instruktiv *Shreya Atrey*, Structural Racism and Race Discrimination, Current Legal Problems 74 (2021), S. 1.

[14] Vgl. a. *William M. Wiecek*, Structural Racism and the Law in America Today: An Introduction, Kentucky Law Journal 100 (2011), Article 2 (5–19).

[15] *Heiner Bielefeldt*, Das Diskriminierungsverbot als Menschenrechtsprinzip, in: Hormel/Scherr (Hrsg.), Diskriminierung: Grundlagen und Forschungsergebnisse, 2010, S. 21 (30).

in nur 45 Minuten von Manhattan aus erreichbar. Moses baute aber auch den Southern State Parkway, der zu dieser Strandanlage führte. Die Brücken über diese Straße wurden von ihm offenbar mit Absicht so niedrig gebaut, dass öffentliche Busse – die vor allem von Schwarzen und Puerto-Ricaner genutzt wurden – nicht darunter durchfahren konnten und der Strand nur mit dem privaten Auto – und damit praktisch nur von Weißen – angefahren werden konnte. Moses-Biograph *Robert Caro* stellte 1967 fest, dass fast 40 Jahre später immer noch kaum schwarze Menschen an diesem Strand zu finden waren.[16] Dies hat sich seitdem kaum geändert, obwohl die Erreichbarkeit längst kein Problem mehr ist und Autos kein Luxusprodukt mehr sind; afroamerikanische Familien gehen traditionell an andere Strände.

Die Brücke bringt insofern symbolisch auf den Punkt, was in den 1960er Jahren immer deutlicher wurde: Obwohl die offizielle Segregationspolitik beendet war und Schwarze formal dieselben Chancen und Freiheiten wie Weiße hatten, blieben Weiße in vielen Stadteilen, Schulen oder Berufen unter sich.[17]

Als Parabel funktioniert dieses Beispiel freilich nicht ganz friktionsfrei, denn die physische Struktur der Brücke steht hier nicht für strukturelle Diskriminierung, sondern für formal diskriminierende Vorschriften, während für die strukturelle Dimension von Diskriminierung die sedimentierten sozialen Praxen der Segregation stehen, die von den Beteiligten – jedenfalls auf den ersten Blick – frei gewählt werden. Dass diese Form der Autonomie jedoch eines zweiten Hinsehens bedarf, zeigt der nächste Abschnitt.

b) Geschlechtsspezifische Arbeitsteilung

Im deutschen Kontext lässt sich der analytische Mehrwert des Konzepts der strukturellen Diskriminierung gut am Beispiel der Geschlechtsdiskriminierung verdeutlichen. Viele Berufe waren in Deutschland lange Männern vorbehalten, insbesondere wenn sie eine Ausbildung oder ein Studium erforderten.[18]

---

[16] *Robert A. Caro*, The Power Broker: Robert Moses and the Fall of New York, 1975, S. 318 f. Die Geschichte ist nicht unumstritten, siehe dazu den „Fact Check" von *Glenn Kessler*, Robert Moses and the Saga of the Racist Parkway Bridges, The Washington Post v. 10.11.2021, https://www.washingtonpost.com/politics/2021/11/10/robert-moses-saga-racist-parkway-bridges/, letzter Zugriff: 24.5.2022.

[17] Zur aktuellen Situation vgl. *Tracy Hadden Loh/Christopher Coes/Becca Buthe*, Separate and unequal: Persistent residential segregation is sustaining racial and economic injustice in the U.S., in: Loh et al., The Great Real Estate Reset, Brookings Institute 2020, https://www.brookings.edu/essay/trend-1-separate-and-unequal-neighborhoods-are-sustaining-racial-and-economic-injustice-in-the-us/, letzter Zugriff: 24.5.2022; *Will McGrew*, U.S. school segregation in the 21st century, Washington Center for Equitable Growth 2019, https://equitablegrowth.org/research-paper/u-s-school-segregation-in-the-21st-century/, letzter Zugriff: 24.5.2022, m. w. N.; *Valerie Wilson/Ethan Miller/Melat Kassa*, Racial representation in professional occupations: By the numbers, Fact sheet, Economic Policy Institute 2021, https://epi.org/228660, letzter Zugriff: 24.5.2022.

[18] Im 19. Jh. bedurften Frauen etwa zum Studium zumeist noch Ausnahmegenehmigun-

Verheiratete Frauen bedurften zum Arbeiten zudem der Erlaubnis des Ehemannes, der auch ihren Arbeitsvertrag kündigen konnte, wenn er der Meinung war, dass die Erwerbtätigkeit der Frau ihren häuslichen Pflichten im Wege stand; Frauen war im BGB die Führung des Haushalts und die Erziehung der Kinder zugewiesen.[19] Gesellschaftlich akzeptiert waren für sie vor allem Tätigkeiten, die diesen Aufgaben ähnelten: Krankenschwester, Lehrerin, Haushälterin, Zugehfrau, Gouvernante, Arzthelferin, Sekretärin.[20]

Die formalen Zugangshindernisse wurden nach und nach abgebaut, einige freilich erst in der frühen Bundesrepublik.[21] Heute können Frauen alles studieren und alles werden. Dennoch sind in den genannten Berufen Männer kaum zu finden und gelten sie als typische Frauenberufe; dennoch arbeiten Frauen häufig in Teilzeit, um die Kinder versorgen zu können; dennoch sind Frauen viel häufiger als Männer nicht erwerbstätig, weil sie Familienaufgaben erledigen; dennoch steigen sie bei gleicher Ausbildung seltener auf.[22] Die Gründe hierfür sind vielfältig. Zu ihnen gehört der Umstand, dass Frauen typischerweise Berufe ergreifen, die zu der gesellschaftlichen Erwartung passen, dass sie sich empathisch und selbstlos für andere einsetzen und dabei pflegende, unterstützende, mütterliche Aufgaben übernehmen. Dazu gehört auch, dass Berufe, die solche Aufgaben umfassen, als geringerwertig angesehen werden, weil die Leistungen als alltäglich gelten – auch wenn beispielsweise in der Pflege ebenso häufig Körperkraft eingesetzt werden muss wie in vielen typischen Männerberufen, die

---

gen, erst um 1900 herum begannen Baden, Württemberg, Preußen und Bayern, ihre Universitäten für Frauen zu öffnen; vgl. dazu *Claudia Huerkamp*, Bildungsbürgerinnen, Frauen im Studium und in akademischen Berufen 1900–1945, 1996. In den Fabriken waren Arbeiterinnen freilich bereits im 19. Jh. tätig; vgl. *Clara Zetkin*, Zur Geschichte der proletarischen Frauenbewegung Deutschlands, 1928. Zum Fortwirken *Karin Hausen*, Überlegungen zum geschlechtsspezifischen Strukturwandel der Öffentlichkeit, in: Gerhard et al. (Hrsg.), Differenz und Gleichheit: Menschenrechte haben (k)ein Geschlecht, 1990, S. 268–282.

[19] § 1356 Abs. 1 BGB lautete von 1958 bis 1977: „Die Frau führt den Haushalt in eigener Verantwortung. Sie ist berechtigt, erwerbstätig zu sein, soweit dies mit ihren Pflichten in Ehe und Familie vereinbar ist." Vor 1958 hieß es, sie sei „berechtigt und verpflichtet, das gemeinschaftliche Hauswesen zu leiten". Satz 2 war ein Kompromiss; vorher konnte der Ehemann die Berufstätigkeit ohne Weiteres verbieten. Das Gleichberechtigungsgesetz, in dem er enthalten war, wurde erst 1957 und damit lang nach Ablauf der in Art. 117 GG vorgesehenen Übergangsfrist bis 1953 verabschiedet.

[20] Diese Einschränkungen galten allerdings vor allem für bürgerliche Frauen, Frauen aus unteren Schichten arbeiteten selbstverständlich ebenfalls in den Fabriken oder auf dem Felde; dazu etwa *Zetkin* (Fn. 18). Im Kontext der US-amerikanischen Frauenbewegung bewegte diese Engführung auf die Erfahrung einer bestimmten Gruppe von Frauen die ehemalige Sklavin *Sojourner Truth* zu ihrem berühmten Ausruf „Ain't I a woman?"

[21] Zu solchen formalen Hindernissen gehört die Zölibatsklausel für verbeamtete Frauen (§ 63 DBG, zunächst 1950 in § 3 Nr. 10 BPG abgemildert); zur Nichtigkeit arbeitsvertraglicher Zölibatsklauseln dann 1957 BAGE 4, 274. S.a. BVerfGE 3, 225 (Art. 3 Abs. 2 unmittelbar anwendbar); BVerfGE 5, 9 (Arbeitszeitbeschränkungen für Frauen). Teilzeit und Erziehungszeit wurden im Beamtenrecht erst mit der „lex Peschel" 1968 möglich.

[22] Ausführlich: Zweiter Gleichstellungsbericht der Bundesregierung, 2017, BT-Drs. 18/12840.

besser bezahlt werden. Dazu gehört weiterhin, dass von Frauen nach wie vor eine besondere Verantwortungsübernahme für Kinder erwartet wird, während das Vollzeit-Modell sich weiterhin an der Normalbiographie eines Mannes orientiert, der keine Familienverantwortung übernehmen muss. Dazu gehören fehlende Kindergartenplätze, die zu langen Ausfallzeiten aus dem Beruf führen – und der Umstand, dass es für Familien „Sinn macht", dass die Person mit dem geringeren Einkommen die Ausfallzeit auf sich nimmt. Und dazu gehört, dass Führungspositionen als kaum mit Teilzeit vereinbar angesehen werden und dass Frauen auch bei gleicher Qualifikation und Berufserfahrung im Durchschnitt 6 % weniger Gehalt bekommen als Männer.[23]

Werden all diese strukturellen Faktoren außer Acht gelassen, dann erscheint die Berufswahl von Frauen und die Aufteilung der Familienverantwortung zwischen Männern und Frauen als rein individuelle Entscheidung. Frauen bleiben dann schlichtweg deswegen zuhause, weil es ihren Präferenzen entspricht, und sie verzichten vollkommen freiwillig auf höhere Einkommensmöglichkeiten und auf entsprechende Rentenbeiträge – vielleicht sogar, weil ihnen diese Präferenzen aufgrund ihres Geschlechts angeboren sind. Wenn die Entscheidungsstrukturen als neutral erscheinen, erscheint auch die gesellschaftliche Arbeitsteilung als natürlich und damit als normal.[24] Im Begriff der strukturellen Diskriminierung kommt demgegenüber zum Ausdruck, wie stark historisch diskriminierende Praxen auch heute noch prägende Wirkung entfalten könne, obwohl sie formal betrachtet abgeschafft sind.

2. Institutionelle Diskriminierung

Enger gefasst – im soeben erläuterten Sinne – wird unter institutioneller Diskriminierung das Phänomen verstanden, dass beispielsweise staatliche Institutionen (im soziologischen Sinne wohl also Organisationen[25]) unabhängig von den individuellen Vorurteilen der in ihnen operierenden Personen diskriminierende

[23] Ebd. Zum sogenannten „bereinigten" Gender Pay Gap vgl. www.wsi.de/de/einkommen-14619-gender-pay-gap-14932.htm, letzter Zugriff: 24.5.2022; dessen Berechnung erfolgt nach europaweit einheitlichen Vorgaben von Eurostat; Eurostat Statistics Explained: Gender pay gap statistics, 2018, http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Gender_pay_gap_statistics, letzter Zugriff: 24.5.2022. Zur Arbeitsbewertung vgl. *Regine Winter*, Diskriminierungsfreie(re) Entgeltgestaltung – Leider immer noch ein Prinzip ohne Praxis, in: Hohmann-Dennhardt et al. (Hrsg.), Geschlechtergerechtigkeit. Festschrift für Heide Pfarr, 2010, S. 320 (322); s. a. Bericht der Bundesregierung zur Berufs- und Einkommenssituation von Frauen und Männern v. 25.4.2002, BT-Drs. 14/8952, S. 209 ff., 243, 246.

[24] Zu dieser Trias *Anna Katharina Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht: Antidiskriminierungsrecht als Ermöglichungsbedingung der demokratischen Begegnung von Freien und Gleichen, 2021, S. 212, die ein „ausgesprochenes Beharrungsvermögen der etablierten Strukturen" beobachtet (ebd.).

[25] Zum ungeklärten Verhältnis der Begriffe „Institution" und „Organisation" zueinander

Praxen erzeugen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass in diesen Institutionen auf überindividueller Ebene Normen, Regeln, Routinen und kollektiv verfügbare Begründungen bestehen, die von den Individuen umgesetzt oder aktiviert werden und diskriminierend wirken, ohne dass diese Individuen diese Wirkung auch subjektiv bezwecken oder sich überhaupt Gedanken darüber machen müssen. Institutioneller Rassismus kann insofern „als eine spezifische Form des strukturellen Rassismus verstanden werden, die sich explizit auf die Strukturen in Organisationen und Institutionen bezieht."[26]

Eine prägende Definition dieses (engeren) Verständnisses institutioneller Diskriminierung findet sich im *Macpherson*-Report, einem Untersuchungsbericht aus dem Jahr 1999 über die rassistisch motivierte Tötung eines schwarzen jungen Mannes, *Stephen Lawrence*, im Jahr 1993. Polizei und Strafverfolgungsbehörden wurden in Bezug auf diesen Fall sowohl Fehler im Ermittlungsverfahren als auch rassistisches Verhalten vorgeworfen. Daraufhin ordnete der damalige Innenminister eine Untersuchung an, die über 70 Tage von *Sir William Macpherson*, einem ehemaligen Richter am High Court, geleitet wurde. Der hierauf basierende Bericht kritisierte sowohl einzelne Beteiligte als auch die ermittelnden Behörden insgesamt und kam zu dem Ergebnis, dass die Ermittlungen von professionellen Fehlern, einem Versagen der Führungsebene und institutionellem Rassismus gekennzeichnet waren. Dieser Begriff wird in der Untersuchung wie folgt definiert:

> „The collective failure of an organisation to provide an appropriate and professional service to people because of their colour, culture, or ethnic origin. It can be seen or detected in processes, attitudes and behaviour which amount to discrimination through unwitting prejudice, ignorance, thoughtlessness and racist stereotyping which disadvantage minority ethnic people."[27]

Die im *Macpherson*-Report enthaltenen zahlreiche Empfehlungen zum Umgang mit dem Problem des institutionellen Rassismus führten zu rechtlichen Veränderungen und Umstellungen in der Praxis. Auf dieser Basis kam 2021 ein Bericht der Commission on Race and Ethnic Disparities (der sogenannte *Sewell*-Report) zum Ergebnis, dass in der britischen Polizei heute nicht mehr von

---

in der Soziologie vgl. *Niklas Luhmann*, Die Universität als organisierte Institution [1992], in: ders., Gesellschaftliche Differenzierung, hg. v. Ernst Lukas und Veronika Tacke, 2019, S. 193.

[26] *Natasha A. Kelly*, Rassismus: Strukturelle Probleme brauchen strukturelle Lösungen, 2021, S. 48 f. *Kelly* nennt beispielhaft „Hochschulen und Schulen, aber auch die Polizei" (ebd.).

[27] *William Macpherson*, The Stephen Lawrence inquiry, Report presented to the Parliament by the Secretary of State for the Home Department by Command of Her Majesty, 1999, Cm 4262-I, Rn. 6.34. Dazu bereits *Michael Grünberger et al.*, Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis: Ein Essay, 2021, S. 37.

institutionellem oder strukturellem Rassismus die Rede sein könne[28] – ein Befund, der allerdings von unterschiedlicher Seite scharf kritisiert wurde[29].

Zentral für das Konzept der institutionellen Diskriminierung – und damit des institutionellen Rassismus – ist, dass die von ihr erzeugten Effekte nicht als Fehlfunktion der Institution, sondern als Ergebnis ihres *normalen* Funktionierens begriffen werden.[30] Zugleich stellt es nicht auf individuelle rassistische Haltungen des Personals ab (noch schreibt es sie ihnen zu oder erhebt einen „Generalverdacht"), sondern es interessiert sich für die Routinen, Normalitätsvorstellungen, Regeln und Begründungsmuster, in die das Handeln des Personals eingebettet ist, und für die Effekte, die sie erzeugen.[31]

Im deutschen Kontext ist dieses Konzept in vergleichbarer Weise insbesondere im Zusammenhang mit dem „eklatanten Gefälle in den schulischen Bildungserfolgen entlang ethnischer Trennlinien"[32] thematisiert worden. Studien widmen sich beispielsweise der Frage, in welchem Maße die schlechteren Bildungschancen von Kindern, die wegen ihres sogenannten Migrationshintergrunds[33] diskriminierungsgefährdet sind, auf die institutionellen Strukturen des Bildungssystems zurückzuführen sind.[34] Intensiv mit Bezug auf das Konzept der institutionellen Diskriminierung diskutiert wurde auch das massive staatliche

---

[28] Commission on Race and Ethnic Disparities, The Report, 2021, abrufbar unter https://www.gov.uk/government/publications/the-report-of-the-commission-on-race-and-ethnic-disparities, letzter Zugriff: 24.5.2022.

[29] Siehe etwa UN Working Group of Experts on People of African Descent, Statement v. 19.4.2021, abrufbar unter www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=27004&LangID=E, letzter Zugriff: 24.5.2022; aus der Wissenschaft etwa *Eddie Bruce-Jones*, The United Kingdom on Race: A Warning for Europe, Verfassungsblog v. 13.4.2021, https://verfassungsblog.de/uk-racism/, letzter Zugriff: 24.5.2022.

[30] *Gomolla* (Fn. 2), S. 136; vgl. Allgemeiner *Richard Delgado/Jean Stefancic*, Critical Race Theory: An Introduction, 2001, S. 7, 22: „racism is ordinary, not aberrational– ‚normal science,' the usual way society does business, the common, everyday experience of most people of color."

[31] Zur Irrelevanz des Vorsatzes auch *Barskanmaz* (Fn. 2), S. 63, der als Beispiel den Einbürgerungsleitfaden des Landes Baden-Württemberg nennt; *Doris Liebscher*, Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus, 2021, S. 432. Siehe exemplarisch die Studie von *Ian F. Haney López*, Institutional Racism: Judicial Conduct and a New Theory of Racial Discrimination, Yale Law Journal 109 (2000), S. 1717, der die Effekte des „pick your friends"-Systems der Benennung von Grand-Jury-Mitgliedern durch Richter in LA untersucht.

[32] *Gomolla* (Fn. 2), S. 133 m. w. N.

[33] Zur Problematik der Kategorie des Migrationshintergrunds ausführlich *Grünberger et al.* (Fn. 27), S. 17 f. Zur Repräsentation an Hochschulen ebd., S. 28–31, m. w. N., vgl. etwa *Manuel Siegert*, Berufliche und akademische Ausbildung von Migranten in Deutschland, 2009, S. 7, 49 f.

[34] Maßgeblich: *Mechtild Gomolla/Frank-Olaf Radtke*, Institutionelle Diskriminierung. Die Herstellung ethnischer Differenz in der Schule, 3. Aufl. 2009. Zur Diskussion um die hierfür verantwortlichen Faktoren *Hasse/Schmidt* (Fn. 9), S. 891. Siehe auch Report of the Special Rapporteur on the right to education, Vernor Muñoz, Addendum: Mission to Germany (13–21 February 2006), 9.3.2007, UN Doc. A/HRC/4/29/Add.3, S. 16 ff.

Versagen im Umgang mit dem Nationalsozialistischen Untergrund (NSU)[35] sowie das Thema *racial profiling* in der Polizei,[36] wenngleich gegen Polizeibeamte immer wieder auch der Vorwurf individueller rassistischer Motivationen erhoben wird[37].

a) Der NSU-Komplex

Die polizeiliche Ermittlungsarbeit zu den Morden des „Nationalsozialistischen Untergrunds“ (NSU) sowie die Arbeit des Verfassungsschutzes in diesem Zusammenhang kann nur als haarsträubend bezeichnet werden. Mehrere Untersuchungsausschüsse haben sich dem Versagen der Polizeien und Geheimdienste gewidmet und dabei erschreckende Hinweise auf eine mangelnde Distanz, wenn nicht gar deutlich zu große Nähe der involvierten Beamten und der von ihnen eingesetzten V-Leute zur rechtsextremen Szene gefunden.[38]

Als zentrales Hindernis erwies sich darüber hinaus die hartnäckige Festlegung der Ermittlungsbehörden auf den Verdacht, dass die Täter im Umfeld der Opfer zu suchen sein müssten. Entsprechend wurden die Ermittlungsgruppen mit Namen wie „Bosporus“ oder „Halbmond“ bedacht. Hinweisen der Angehörigen, die rechtsextreme Motive vermuteten, wurde nicht nachgegangen; stattdessen wurden diese teils selbst verdächtigt, etwa in organisierte Kriminalität verwickelt zu sein.[39] Welche Rolle hierbei kulturalistische Stereotype spielten, zeigt sich deutlich in einem Zitat aus einer operativen Fallanalyse des LKA Baden-Württemberg, wo es hieß:

> „Vor dem Hintergrund, dass die Tötung von Menschen in unserem Kulturraum mit einem hohen Tabu belegt ist, ist abzuleiten, dass der Täter hinsichtlich seines Verhaltenssystems weit außerhalb des hiesigen Normen- und Wertesystems verortet ist.“[40]

Der UN-Antirassismus-Ausschuss CERD zeigte sich jedoch nicht nur von dem Ermittlungsversagen der Behörden, sondern auch vom Umgang mit diesem

---

[35] Dazu beispielsweise *Maximilian Pichl*, Der NSU-Mord in Kassel – eine Geschichte deutscher Staatsapparate und ihrer Skandale, KJ 48 (2015), S. 275 (280–282).

[36] Vgl. etwa *Christoph Kopke*, Polizei und Rechtsextremismus, APuZ 69 (2019), S. 36; *Kijan Espahangizi et al.*, Racial/Ethnic Profiling: Institutioneller Rassismus – kein Einzelfallproblem. Öffentliche Stellungnahme zur institutionellen Verantwortung für diskriminierende Polizeikontrollen v. 6.3.2016, https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/160602_rac_profiling_stellungnahme_wissenschaftler_innen.pdf, letzter Zugriff: 24.5.2022.

[37] Überblick bei *Daniela Hunold/Maren Wegner*, Rassismus und Polizei: Zum Stand der Forschung, APuZ 70 (2020), S. 27; s. a. *Mohamed Wa Baile et al.* (Hrsg.), Racial Profiling. Struktureller Rassismus und antirassistischer Widerstand, 2019; Beispiele bei *Benjamin Derin/Tobias Singelnstein*, Die Polizei: Helfer, Gegner, Staatsgewalt, 2022, S. 126–128, m. w. N.

[38] Zu den Ermittlungen zusammenfassend etwa Beschlussempfehlung und Bericht des 2. Untersuchungsausschusses nach Artikel 44 des Grundgesetzes v. 22.8.2013, BT-Drs. 17/14600, S. 834 ff.

[39] Dazu *Derin/Singelnstein* (Fn. 37), S. 129, m. w. N.

[40] Zit. nach BT-Drs. 17/14600 (Fn. 38), S. 878.

Versagen alarmiert und wies darauf hin, dass hier institutioneller Rassismus und strukturelle Diskriminierung wirksam geworden sein könnten:

„[T]he Committee remains concerned about the State party's continued failure to recognize its systemic shortcomings in identifying and addressing the racial motivation behind such acts, which may mask institutional racism."

So bemängelte der Ausschuss neben den engen Verbindungen der involvierten V-Personen zum NSU auch die fehlende spezifische Bezugnahme des Berichts des NSU-Untersuchungsausschusses im Bundestag auf die „rassische Diskriminierung und die rassischen Motive der begangenen Morde":

„These issues seem to indicate that structural discrimination may be the root cause of the State's shortcomings in identifying racial motivation (arts. 2, 5 and 6)."[41]

Solche Stereotype äußern sich aber nicht nur im Umgang mit rechtsextremem Terrorismus, sondern auch in der alltäglichen Polizeiarbeit und können dort unter anderem zu *racial profiling* beitragen.

b) Racial Profiling

So kann es durchaus als normale Polizeiarbeit gelten, wenn Personen in Anwendung entsprechender Ermächtigungsnormen verdachtsunabhängig kontrolliert werden[42], wenn sie im Einklang mit rechtlichen Voraussetzungen und Verfahren festgenommen werden oder gegen sie wegen des hinreichenden Verdachts von Straftaten Ermittlungen aufgenommen werden. Allerdings gehört es ebenfalls zur normalen Polizeiarbeit, Ermessen auszuüben; eine Polizei, die alle Personen kontrolliert und bei jeder kleinsten Übertretung Ermittlungen einleitet, wäre gänzlich ineffektiv. Den Rechtsstaat definiert gerade nicht die Durchsetzung des Rechts in jedem Einzelfall, sondern die Einhaltung rechtsstaatlicher Grundsätze bei der Durchsetzung des Rechts.

---

[41] CERD, Concluding observations on the combined nineteenth to twenty-second periodic reports of Germany, 30.6.2015, UN Doc. CERD/C/DEU/CO/19–22, S. 4f. Der Ausschuss verwendet ebenso wie die Konvention selbst im Englischen den Begriff „racial" statt „racist".

[42] Zu diesen Normen gehört insbesondere § 22 Abs. 1a BPolG, wonach die Bundespolizei zur Verhinderung oder Unterbindung unerlaubter Einreise in das Bundesgebiet in Zügen und Bahnhöfen „jede Person kurzzeitig anhalten, befragen und verlangen, daß mitgeführte Ausweispapiere oder Grenzübertrittspapiere zur Prüfung ausgehändigt werden, sowie mitgeführte Sachen in Augenschein nehmen" kann, soweit „auf Grund von Lageerkenntnissen oder grenzpolizeilicher Erfahrung anzunehmen ist", dass diese Züge oder Bahnanlagen zur unerlaubten Einreise genutzt werden; gleiches gilt an internationalen Flughäfen. § 22 Abs. 1 BPolG erlaubt zum Zwecke der Befragung das Anhalten und die Kontrolle der Ausweispapiere einer Person, „wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß die Person sachdienliche Angaben für die Erfüllung einer bestimmten der Bundespolizei obliegenden Aufgabe machen kann". Zu diesen Aufgaben gehören insbesondere der Grenzschutz und der Schutz der Bahn- und Luftsicherheit, §§ 2ff. BPolG.

Damit stellt sich zugleich die Frage, bei welchen Übertretungen sie bereit ist, „Fünfe gerade sein zu lassen" oder wegzuschauen, wer mit einer Ermahnung davon kommt statt mit einem Bußgeld, wer demgegenüber als potentiell gefährlich wahrgenommen wird und wer deswegen für verdachtsunabhängige Kontrollen ausgewählt wird. Stellt sich beispielsweise heraus, dass als weiß rassialisierte Personen eher in die erste Kategorie fallen[43] und als nicht-weiß rassialisierte Personen eher in die zweite Kategorie, resultiert das normale Operieren von Polizeiarbeit in Unterschieden bei der Behandlung (also einer Ungleichbehandlung), die an das Konzept Rasse anknüpfen[44] – *selbst wenn* die Polizeibeamten sich hierüber keine Gedanken machen und rassistische Einstellungen weit von sich weisen würden, sondern das Gefühl haben, Einzelfallgerechtigkeit walten zu lassen oder nach „polizeilicher Erfahrung" zu handeln.

So resümieren *Derin* und *Singelnstein*:

„Die Entscheidung, wer wann kontrolliert wird, ist ein Einfallstor für […] Stereotype. Ihr Einfluss wird umso größer, je weniger rechtliche Vorgaben für die Auswahlentscheidung bestehen. Stereotype wirken damit dort am stärksten, wo die Polizei mehr oder weniger frei entscheiden soll, wen sie einer Maßnahme unterzieht."[45]

Dies sei insbesondere bei verdachtsunabhängigen Kontrollen so, bei denen sich die Eingriffsbefugnis aus dem Bezug zu einem bestimmten Ort ergibt.[46]

Die Ergebnisse solcher Kontrollen bestätigen dann in der Art einer selbsterfüllenden Prophezeiung den Ermittlungsansatz: Wenn in einem Park beispielsweise vor allem dunkelhäutige Menschen als Drogenverkäufer verdächtigt werden, werden vor allem diese kontrolliert; wenn dann Drogen vor allem bei dunkelhäutigen Menschen gefunden werden, ist dies in erster Linie Ausdruck der selektiven Kontrollen, die hellhäutige Menschen kaum erfassen.[47] Das bekannte Phänomen des *confirmation bias* führt zugleich dazu, dass Fälle, in denen sich ein Verdacht bestätigt, als bedeutsamer empfunden werden als Fälle, in de-

---

[43] Diese Möglichkeiten des „Davonkommens" gehören zu dem, was als „weiße Privilegien" diskutiert wird; prägend etwa *Peggy McIntosh*, White Privilege and Male Privilege: A Personal Account of Coming to See Correspondences through Work in Women's Studies, Wellesley Centers for Women, Wellesley, MA, Working Paper 189, 1988, die etwa den Begriff „blank check" benutzt (S. 3) oder die Möglichkeit „to escape penalty" beschreibt (S. 8). Zur deutschen Debatte maßgeblich *Susan Arndt et al.* (Hrsg.), Mythen, Masken und Subjekte: Kritische Weißseinsforschung in Deutschland, 2017.

[44] Vgl. a. das Beispiel bei *Atrey* (Fn. 13), S. 11–13.

[45] *Derin/Singelnstein* (Fn. 37), S. 135.

[46] So auch CERD, Concluding observations on the combined nineteenth to twenty-second periodic reports of Germany, 30.6.2015, UN Doc. CERD/C/DEU/CO/19–22, S. 5 f.: „The Committee is concerned that this general provision [sc.: § 22 Abs. 1 BPolG] leads de facto to racial discrimination, especially taking into account the delegation's explanation of the criteria used by police to carry out these checks, which involve notions such as a ‚feel for a certain situation' or ‚the person's external appearance'."

[47] *Derin/Singelnstein* (Fn. 37), S. 136 f.

nen nichts gefunden wurde.[48] So können sich Ermittlungsroutinen verselbständigen und zu vermeintlichen Lehrsätzen oder „polizeilicher Erfahrung“ gerinnen, die ihrerseits das selektive Vorgehen für die weitere Zukunft legitimiert.[49] Der Effekt: Personen, die in Deutschland als nicht-weiß wahrgenommen werden, berichten wesentlich häufiger von Polizeikontrollen.[50]

3. Mehrwert als analytische Konzepte

Freilich lässt sich gegen das Konzept der strukturellen Diskriminierung aus juristischer Perspektive einwenden, dass gesellschaftliche „Voreinstellungen“ etwas anderes seien als Diskriminierung im Rechtssinne. Diese Frage wird in diesem Beitrag daher auch noch näher zu untersuchen sein (dazu sogleich unter II.). Doch geht es bei dem soeben vorgestellten *sozialwissenschaftlichen* Konzept struktureller Diskriminierung in erster Linie um die Analyse von Zusammenhängen und gerade noch nicht um deren rechtliche Bewertung; im Zentrum stehen die nachteiligen Effekte und die Faktoren, die zu diesen Effekten beitragen. Die Motive der Akteure sind demgegenüber nachrangig, gar irrelevant; denn es geht nicht um ihre moralische (oder gar rechtliche) Verurteilung, sondern um die Beseitigung struktureller Nachteile. Dies bedeutet zugleich, dass eine *rechtliche* Anerkennung strukturellen Rassismus insofern nicht bedeutet, dass alle Menschen Rassisten sind; sie bedeutet, dass Menschen aufgrund ihrer vermeintlichen „Rasse“ strukturell von Nachteilen betroffen sind.[51]

Indem die strukturellen Faktoren in ihren Auswirkungen sichtbar gemacht werden, wird dennoch ein Impuls für Veränderung gesetzt. Denn werden Menschen an ihrer freien Entfaltung gehindert, ohne dass dies beabsichtigt ist, dann ist die naheliegendste Lösung, die Hindernisse zu beseitigen. Insofern war die Entwicklung dieser Konzepte eng mit der Entwicklung von politischen und juristischen Instrumenten zur Bekämpfung und Beseitigung der analysierten Phänomene verbunden.[52]

---

[48] Ebd.

[49] Hierzu auch *Rafael Behr*, Rassismus und Diskriminierung im Polizeidienst. Die Karriere zweier „Reizworte“, SIAK-Journal – Zeitschrift für Polizeiwissenschaft und polizeiliche Praxis 2 (2018), S. 57 (61 f.).

[50] Vgl. etwa EOTO/Citizens for Europe, Afrozensus 2020, S. 120–122; Agentur der Europäischen Union für Grundrechte (FRA), EU-MIDIS: Erhebung der Europäischen Union zu Minderheiten und Diskriminierung – Bericht über die wichtigsten Ergebnisse, 2010, S. 18 f., 84–87 (mit signifikanten Unterschieden zwischen den unterschiedlichen Gruppen); s. a. id., EU-MIDIS II, 2017, S. 56 ff. (Untersuchung mit Schwerpunkt auf muslimischen Betroffenen).

[51] Emphatisch zur Unterscheidung zwischen der rechtlichen Feststellung einer Diskriminierung und dem Vorwurf des Rassismus im umgangssprachlichen Sinne der britische Supreme Court in *R v JFS* [2009] UKSC 15 [9] (Lord Phillips), [54] (Lady Hale), [156] (Lord Clarke), [184] (Lord Hope).

[52] So *Gomolla* (Fn. 2), S. 137. *Mangold* spricht vom „transformatorischen Potential“ des Antidiskriminierungsrechts; *Mangold* (Fn. 24), S. 243 ff.

Gleichzeitig wäre es ein Missverständnis, strukturelle Diskriminierung als „weniger schlimm" als individuelle, absichtliche, direkte Diskriminierung anzusehen. Denn ihre Auswirkungen können ebenso gravierend oder sogar weitreichender sein. *Carmichael* und *Hamilton*, die die US-Debatte prägten, sprechen in ihrer politischen Kampfschrift „Black Power" von institutionellem Rassismus (in der hiesigen Terminologie im weiteren Sinne) als im Vergleich zu individuellem Rassismus

„less overt, far more subtle, less identifiable in terms of *specific* individuals committing the acts. But it is no less destructive of human life. [It] originates in the operation of established and respected forces in the society, and thus receives far less public condemnation."[53]

Das Konzept des institutionellen Rassismus birgt freilich auch Risiken. So kann die Fokussierung auf bestimmte Organisationen bzw. Institutionen oder auf bestimmte Sektoren den Blick dafür verstellen, dass die Ursachen benachteiligender Effekte auch in der gesellschaftlichen Umgebung einer Organisation zu suchen sein können. Institutionen existieren selbstverständlich nicht in Isolation, sondern in einem gesellschaftlichen Kontext, der auch das Handeln der institutionellen Akteure prägt und beeinflusst. Und sie bestehen aus Individuen, von deren konkreten Handlungsbeiträgen (und auch Motiven) der Fokus auf die Institutionen ablenken kann.[54]

Daten zu ungleicher Repräsentation oder Teilhabe gesellschaftlich benachteiligter Gruppen in Organisationen oder an ihren Leistungen müssen insofern als Indiz für institutionelle Diskriminierung behandelt werden; ohne solche Daten fällt die Analyse schwer.[55] Ob und inwieweit ein entsprechender Befund tatsächlich Ausdruck von Diskriminierung ist (und nicht etwa von zufälligen Korrelationen oder von diskriminierungsunabhängigen Präferenzen oder Entscheidungen der jeweiligen Gruppenmitglieder) und ob die hierfür verantwortlichen Faktoren tatsächlich in problematischer Weise in die Organisation eingeschrieben sind, erfordert eine nähere, qualitative Untersuchung der Funktionsweisen der jeweiligen Organisation.[56] Diese Indizwirkung spielt im Antidiskriminierungsrecht wiederum eine Rolle im Beweisrecht.[57]

Der Mehrwert der Konzepte ist insofern analytischer Natur; sie richten den Blick auf die Eigendynamiken und Sedimentierungen, die es ermöglichen, dis-

[53] *Carmichael/Hamilton*, (Fn. 8), S. 20 (Herv. im Orig.).

[54] Zur Kritik *Gomolla* (Fn. 2), S. 143, m. w. N.

[55] Deshalb fordert der UN-Antirassismusausschuss CERD regelmäßig eine entsprechende Datenerhebung; vgl. CERD, Concluding observations on the combined nineteenth to twenty-second periodic reports of Germany, 30.6.2015, UN Doc. CERD/C/DEU/CO/19–22, S. 2 f.

[56] *Gomolla* (Fn. 2), S. 145 f. Aus diesem Grund sehr vorsichtig argumentierend *Grünberger et al.* (Fn. 27).

[57] Dazu unten II.3.

kriminierende Effekte auch ohne aktiv-planvolles Vorgehen herbeizuführen, gar ohne sich darüber überhaupt nur Gedanken zu machen. Blieben wir bei der Adressierung individuell-diskriminierender Einstellungen und Handlungen stehen, könnten die Strukturen, die aus ihnen entstanden sind, fortexistieren und weiterhin Nachteile erzeugen; aus Sicht der Betroffenen sind aber auch durch Strukturen erzeugte Nachteile nicht hinnehmbar, sie können gar besonders problematisch sein, weil es sich dann nicht mehr um Einzelfälle handelt, die mal auftreten und mal nicht, sondern um – nun ja, ein strukturelles Problem.

II. Rechtlicher Umgang mit struktureller Diskriminierung

Wie kann nun die Rechtswissenschaft diese Konzepte operabel machen? Das Recht gegen Diskriminierung ist zunächst ein Recht, nicht wegen eines sogenannten „verpönten Merkmals" benachteiligt zu werden. Die Merkmalslisten unterscheiden sich je nach Rechtsinstrument; so verbietet Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG eine Bevorzugung oder Benachteiligung wegen der „Rasse", § 1 AGG (ebenso wie die ihm zugrunde liegende EU-Richtlinie 2000/43/EG) Benachteiligungen „aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft", Art. 12 der brandenburgischen Landesverfassung die Benachteiligung oder Bevorzugung „aus rassistischen Gründen", Art. 1 ICERD

> „jede auf der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung, dem nationalen Ursprung oder dem Volkstum beruhende Unterscheidung, Ausschließung, Beschränkung oder Bevorzugung, die zum Ziel oder zur Folge hat, dass dadurch ein gleichberechtigtes Anerkennen, Genießen oder Ausüben von Menschenrechten und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen oder jedem sonstigen Bereich des öffentlichen Lebens vereitelt oder beeinträchtigt wird."

Die Frage, welche Rechtsbegriffe für den verpönten Bezugspunkt der Benachteiligung verwendet werden (sollten) und welche Konzepte jeweils dahinterstehen, ist auch im deutschen Kontext umstritten. Sie soll jedoch in diesem Beitrag im Folgenden nicht im Zentrum stehen. Vielmehr soll eruiert werden, ob und in welcher Form die genannten rechtlichen Diskriminierungsverbote in der Lage sind, die soeben herausgearbeiteten Charakteristika struktureller bzw. institutioneller Diskriminierung zu adressieren.

1. Vorsatzlose Diskriminierung

Kann die Erzeugung von gruppenspezifischen Nachteilen auch ohne individuellen Vorsatz, allein aufgrund von Strukturen oder in Institutionen, aus juristischer Perspektive als verbotene Diskriminierung gefasst werden? Um es auf den

Punkt zu bringen: Kann man im juristischen Sinne rassistisch handeln, ohne Rassist zu sein?

Die kurze Antwort ist ja. Denn das Antidiskriminierungsrecht macht die subjektive Motivation nicht zur Voraussetzung.[58] Es interessiert sich nicht für die „Täter"; in den Worten von *Ute Sacksofsky*: „Es kommt nicht darauf an, diesen für sein Handeln zur Verantwortung zu ziehen, sondern es geht darum die aus diesem Handeln resultierenden Benachteiligungen zu unterbinden."[59] Sacksofsky resümiert: „Bei dem Verbot der Rassendiskriminierung geht es nicht darum, Rassisten zu ‚bestrafen', sondern zu vermeiden, dass die Anknüpfung an das Merkmal Rasse zu Benachteiligungen führt."[60]

Im Zentrum der Betrachtung stehen stattdessen die „Opfer", also die Betroffenen: Sie sollen ohne gruppenspezifische Nachteile durchs Leben gehen können. Allein entscheidend sind daher Wirkungen und Effekte,[61] d.h. die Kausalität der Kategorisierung für den Nachteil. Die diskriminierende Motivation des Akteurs ist nur eine Möglichkeit, wie eine Diskriminierungskategorie kausal für eine Benachteiligung werden kann. (Freilich kann eine diskriminierende Begründung oder Absicht die Benachteiligung besonders schwer wiegen lassen, weil die stigmatisierende Abwertung eigenes Gewicht hat.[62])

Ein wichtiger Grund hierfür ist, dass der Nachweis einer solchen Motivation regelmäßig sehr schwierig sein wird, wenn sie nicht aktenkundig gemacht oder vor zeugnisbereiten Dritten geäußert wurde; zumal die Betroffenen regelmäßig keinen Einblick in die Akten eines Unternehmens oder einer Behörde haben werden (zu den Beweisproblemen sogleich). Hinzu kommt aber auch, dass sogar gut gemeintes, paternalistisches Handeln für die Betroffenen dieselben negativen Effekte herbeiführen kann wie böswillige Diskriminierung und sie so von Chancen und Teilhabe ausschließen kann. In einer Gesellschaft, die sich als Gesellschaft von Freien und Gleichen konzipiert und insofern von Chancengleichheit ausgeht, ist dies nicht hinnehmbar.[63]

Das BVerfG hat aus diesen Gründen das Erfordernis einer „Finalität" der Benachteiligung aufgegeben.[64] Es ist danach unerheblich, ob eine Maßnahme „auf

---

[58] So ausdrücklich in einem deutschen Fall EuGH, Urt. v. 22.4.1997, Rs. C-180/95, Slg. 1997, I-2195, NJW 1997, S. 1839 – *Draehmpaehl*; *Anne Peters/Doris König*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 21 Rn. 70, 72.

[59] *Ute Sacksofsky*, Was heißt: Ungleichbehandlung „wegen"?, in: Kempny/Reimer (Hrsg.), Gleichheitssatzdogmatik heute, 2016, S. 63 (71), mit Verweis auf BAG, Urt. v. 18.9.2014, 8 AzR 753/13, Rn. 22.

[60] Ebd., S. 73.

[61] *Baer/Markard* (Fn. 6), Art. 3 Rn. 421.

[62] Diese Erwägung liegt beispielsweise Strafschärfungen bei sogenannter Hasskriminalität oder spezifischen Sanktionen bei sexueller oder rassistischer Belästigung am Arbeitsplatz zugrunde.

[63] Dazu *Mangold* (Fn. 24), S. 347 ff.

[64] BVerfG, Urt. v. 28.1.1992, 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83, 1 BvL 10/91, BVerfGE 85, 191 (206), NJW 1992, S. 964; Beschl. v. 18.6.2008, 2 BvL 6/07, BVerfGE 121, 241 (254), NVwZ

eine nach Art. 3 Abs. 3 GG verbotene Ungleichbehandlung angelegt ist" oder „in erster Linie – oder gänzlich – andere Ziele verfolgt"[65] oder Teil eines „Motivbündels" ist.[66] So heißt es in einem Beschluss zum Versorgungsabschlag für Teilzeitbeschäftigte: „Entscheidend ist die Frage, ob eine als solche geschlechtsneutral formulierte Regelung Frauen ohne hinreichenden verfassungsrechtlichen Grund benachteiligt."[67] Eine Diskriminierung setzt damit allein voraus, dass ein Nachteil aufgrund eines verpönten Merkmals entsteht, nicht dass dies beabsichtigt ist. So ist es auch für das AGG anerkannt.[68] Ob das objektive, an sich nicht diskriminierende Regelungsziel geeignet ist, die benachteiligende Wirkung zu rechtfertigen, ist demgegenüber eine Frage der Verhältnismäßigkeit.[69]

Auf dieser Basis haben Gerichte *racial profiling* als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG eingeordnet.[70] So befand das OVG Koblenz die Kontrolle eines afrodeutschen Paares mit Kindern in der Regionalbahn von Mainz nach Koblenz wegen dieses Verstoßes als ermessensfehlerhaft; eine plausible Begründung der Kontrolle „ohne Rückgriff auf ein Merkmal nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG" sei nicht möglich, und es genüge nach der Rechtsprechung des BVerfG, „wenn eine Ungleichbehandlung an ein dort genanntes Merkmal in diesem Sinne kausal anknüpft; ob daneben auch andere Gründe in einem Motivbündel maßgeblich waren, ist dann unerheblich."[71] Ebenso entschied das OVG Münster im Fall der Kontrolle eines dunkelhäutigen Mannes, der in der Bochumer Bahnhofshalle seine Lebensgefährtin vom Zug abholen wollte.[72] Die Rechtfertigung dieser Diskriminierung scheiterte in beiden Fällen, einmal an der Unverhältnismäßigkeit der „diskriminierenden Vorauswahl" im Verhältnis zu der im Promillebereich liegenden Aufklärungsquote für Einreisedelikte,[73] im anderen Fall am völlig unsubstantiierten Vortrag der Behörde etwa zur erhöhten Delinquenz ausländischer Täter, zur Häufung von Diebstählen nordafrikanischer Personen mit dunklem Phänotyp oder zu einer erhöhten Reisetätigkeit von Salafisten.[74]

2008, S. 987; überkommen insoweit BVerfG, Urt. v. 8.4.1987, 1 BvL 8/84, 1 BvL 16/84, BVerfGE 75, 40 (70), NJW 1987, S. 2359.

[65] BVerfG, Beschl. v. 18.6.2008, 2 BvL 6/07, BVerfGE 121, 241 (254), NVwZ 2008, S. 987; zust. *Wolfgang Rüfner*, in: BK-GG, 7. Aufl. 1996, Art. 3 Rn. 560.

[66] BAG Urt. v. 5.2.2004, 8 AZR 112/03, BAGE 109, 265 (276), NJW 2004, S. 2112; BVerfG, Beschl. v. 16.11.1993, 1 BvR 258/86, BVerfGE 89, 276 (289), NJW 1994, S. 647.

[67] BVerfGE 121, 241 (244, Rn. 51).

[68] *Peter Schrader/Jens Schubert*, in: Däubler/Beck, AGG, 5. Aufl. 2022, § 3 Rn. 47 f.; *Gregor Thüsing*, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2021, AGG § 3 Rn. 8.

[69] *Peters/König* (Fn. 58), Kap. 21 Rn. 72.

[70] Zur Dogmatik früh *Alexander Tischbirek/Tim Wihl*, Verfassungswidrigkeit des „Racial Profiling": Zugleich ein Beitrag zur Systematik des Art. 3 GG, JZ 68 (2013), S. 219.

[71] OVG Koblenz, Urt. v. 21.4.2016, 7 A 11108/14, NJW 2016, S. 2820, Rn. 106; dazu ausführlich *Liebscher* (Fn. 31), S. 433 ff.

[72] OVG Münster, Urt. v. 7.8.2018, 5 A 294/16, NVwZ 2018, S. 1497.

[73] OVG Koblenz, Urt. v. 21.4.2016, 7 A 11108/14, Rn. 133.

[74] OVG Münster, Urt. v. 7.8.2018, 5 A 294/16, Rn. 68 ff.; dazu ausführlich *Liebscher* (Fn. 31), S. 441 ff.

Dass ein diskriminierender Vorsatz nicht erforderlich ist, bedeutet, dass auch Maßnahmen, die formal neutral gefasst sind und nicht diskriminierende Zwecke verfolgen, gegen Diskriminierungsverbote verstoßen können; hiermit ist das Verbot der indirekten oder mittelbaren Diskriminierung angesprochen.

2. Mittelbare Diskriminierung

Neben der Vorsatzlosigkeit verweist der Begriff der strukturellen oder institutionellen Diskriminierung darauf, dass die Benachteiligung auch ohne direkte Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal entstehen kann.

Beispielsweise kann die Orientierung an einem Normalverdiener, der aber nur die Normalität von Männern abbildet, für Frauen, die typischerweise von dieser „Normalität" abweichende Lebensentwürfe haben, nachteilig wirken. So liegt es bei Regelungen, die Vollzeitkräfte bevorzugen, wenn zugleich weit mehr Frauen in Teilzeit arbeiten als Männer.[75] Anknüpfungspunkt sind die Arbeitszeiten, also ein neutrales Kriterium; die Auswirkung der Regelung aber ist gerade nicht neutral. Der Grund für diese unterschiedlichen Auswirkungen ist keineswegs zufällig. Wie gesehen, hat der Umstand, dass Frauen deutlich häufiger in Teilzeit arbeiten, beispielsweise mit hergebrachten Geschlechterrollen, dem historischen Kontext des Vollzeitmodells als Modell des männlichen Alleinernährers ohne familiäre Pflichten und mit mangelnden Kitaplätzen zu tun. Und diese haben ihrerseits viel mit der historischen Diskriminierung von Frauen zu tun.

Dieses Beispiel veranschaulicht: In einem Gesellschaftssystem, das sich historisch am Mann als Grundmodell ausgerichtet hat, kann rein formale Gleichstellung nicht genügen, um auch tatsächliche Gleichheit zu ermöglichen. Um es auf den Strukturbegriff zurückzuführen: Hat eine historische Praxis der direkten Diskriminierung lange genug angedauert, kann sie Strukturen erzeugt haben, die auch nach ihrer Abschaffung fortbestehen und dazu führen, dass die zuvor offen diskriminierten Personen nun trotz formaler Gleichheit nicht die gleichen Chancen haben wie alle anderen. In solchen Situationen genügt das Verbot direkter Diskriminierung (formale Gleichheit) nicht, um auch tatsächliche Gleichstellung (materielle Gleichheit) zu erreichen.

Solche ungleichen Auswirkungen – vermeintlich – neutraler Kriterien aufgrund unterschiedlicher Ausgangsbedingungen werden im Antidiskriminie-

---

[75] Aktuell arbeitet etwa jede zweite Frau in Teilzeit, aber nur etwa jeder neunte Mann; die durchschnittliche Wochenarbeitszeit liegt bei Frauen bei 30,5 Stunden, bei Männern bei 38,7 Stunden. *Dietmar Hobler et al.*, Stand der Gleichstellung von Männern und Frauen in Deutschland, WSI Report Nr. 56, 2020, S. 26 f. Zum Beispiel Teilzeitdiskriminierung sogleich unter a).

rungsrecht durch die dogmatische Figur der mittelbaren Diskriminierung adressiert.[76] Entsprechend resümiert *Altman*:

„Thus understood, structural discrimination is, as a conceptual matter, necessarily indirect, although, as an empirical matter, direct discrimination is (almost) always part of the story of how structural discrimination came to be and continues to exist."[77]

a) Entwicklung

Unmittelbar einleuchtend ist es wohl, die Nutzung eines vorgeblich neutralen Kriteriums zur gezielten Benachteiligung einer bestimmten Gruppe in das Verbot der Diskriminierung einzubeziehen (sogenannte verdeckte Diskriminierung).[78] Doch eine Abgrenzung zwischen bewusster (aber verdeckter) und gedankenloser Diskriminierung würde wiederum Ermittlungen zum Vorsatz erfordern, der – wie soeben gesehen – aus guten Gründen kein Erfordernis ist.

Die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung ist daher einerseits als Reaktion auf die Umgehung des Verbots direkter Diskriminierung zu verstehen und übernimmt andererseits die Funktion einer Beweiserleichterung, indem die nachteiligen Folgen als Indiz der Intention verstanden werden.[79] Diese Entwicklung vollzog sich zunächst in den USA im Bereich des Diskriminierungsverbots wegen der Rasse, wo der US-Supreme Court vermeintlich neutrale – in Wahrheit aber wohl gezielt mit dem Zweck des Ausschlusses gewählte – Einstellungskriterien, die Schwarze deutlich seltener erfüllten als Weiße, mit *Äsops* Fabel vom Storch und dem Fuchs[80] verglich. So heißt es in *Griggs v. Duke Power Co.* in Bezug auf Titel VII des Civil Rights Act[81]:

„Congress has now provided that tests or criteria for employment or promotion may not provide equality of opportunity merely in the sense of the fabled offer of milk to the stork and the fox. On the contrary, Congress has now required that the posture and condition of the job seeker be taken into account. It has – to resort again to the fable – provided that the vessel in which the milk is proffered be one all seekers can use. The Act proscribes not only overt discrimination, but also practices that are fair in form, but discriminatory in operation. The touchstone is business necessity. If an employment practice which operates to exclude Negroes cannot be shown to be related to job performance, the practice is prohibited. […] Congress directed the thrust of the Act to the consequences of employment practices, not simply the motivation."[82]

---

[76] Dazu *Mangold* (Fn. 24), S. 214 f.
[77] *Altman* (Fn. 7).
[78] Beispiel bei *Mangold* (Fn. 24), S. 127 ff. (*Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 [1886]).
[79] Ebd., S. 214 f.
[80] Fuchs und Storch laden einander zum Essen ein, doch der Storch kann mit seinem langen Schnabel aus den flachen Gefäßen des Fuchses nichts aufnehmen, während der Fuchs mit seiner Schnauze in die langhalsigen Geschirre des Storches nicht hineinkommt.
[81] § 703(a) und (h) des Civil Rights Act, eingefügt in 42 U.S. Code § 2000e-2.
[82] US Supreme Court, *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424, 431 f. (1971).

Im Unionsrecht übertrug der EuGH diese Rechtsfiguren – die sich auch bereits im Wirtschaftsrecht[83] und den Grundfreiheiten wiederfinden[84] – auf die Geschlechtsdiskriminierung. Das Paradebeispiel für die mittelbare Geschlechtsdiskriminierung ist hier die Schlechterbezahlung von Teilzeitarbeit, die weit mehrheitlich von Frauen ausgeübt wird. Wie auch im Bereich der Grundfreiheiten, wo das Beschränkungsverbot zunächst entwickelt wurde, um Umgehungen des Diskriminierungsverbots aufgrund der Staatsangehörigkeit (und damit verdeckte Diskriminierung) zu erfassen, begann der EuGH in *Jenkins* damit,

„dass ein unterschiedliches Entgelt für Vollzeitarbeitnehmer und Teilzeitarbeitnehmer nur dann eine durch Artikel 119 EWG-Vertrag verbotene Diskriminierung darstellt, wenn es in Wirklichkeit nur ein indirektes Mittel dafür ist, das Lohnniveau der Teilzeitarbeitnehmer aus dem Grund zu senken, weil diese Arbeitnehmergruppe ausschliesslich oder überwiegend aus weiblichen Personen besteht."[85]

Er folgte damit dem Generalanwalt, der in seinen Schlussfolgerungen zu diesem Fall explizit auf *Griggs* Bezug genommen hatte.[86] In der *Bilka*-Entscheidung stellte er dann klar, dass es gegen das Diskriminierungsverbot beim Entgelt verstößt, wenn ein Nachteil – in diesem Fall ein niedrigerer Stundenlohn – mit der Teilzeitbeschäftigung an ein vermeintlich neutrales Kriterium anknüpft, aber faktisch „eine wesentlich größere Anzahl Frauen als Männer trifft" – es sei denn das Unternehmen kann nachweisen, „dass seine Lohnpolitik auf Faktoren beruht, die objektiv gerechtfertigt sind und nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben".[87] Eine Umgehungsabsicht war damit nicht mehr erforderlich. Diese Grundentscheidung prägt seitdem das unionsrechtliche Antidiskriminierungsrecht.

---

[83] EuGH, Urt. v. 20.3.1957, Rs. 2/56, Slg. 1957, 9 (45), BeckRS 2004, 72192 – *Geitling*.

[84] So heißt es im Grundsatzurteil *Dassonville*: „Jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, ist als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung anzusehen." EuGH, Urt. v. 11.7.1974, Slg. 1974, 837. Diese Dogmatik wurde im Weiteren auch auf die Personenfreizügigkeiten übertragen. Siehe bereits EuGH, Urt. v. 15.10.1969, Rs. 15/69, Slg. 1969, 363, Rn. 6 f., BeckRS 2004, 71729 – *Ugliola*; EuGH, Urt. v. 12.2.1974, Rs. 152/73, Slg. 1974, 153, Rn. 11, BeckRS 2004, 71762 – *Sotgiu*. Die Abgrenzung zwischen der mittelbaren als verdeckter Diskriminierung und einer Beschränkung ist oft fließend, vgl. EuGH, Rs. 33/74, Slg. 1974, 1299, Rn. 10/12 – *van Binsbergen*. Zu frühen Wurzeln im Europarecht *Mangold* (Fn. 24), S. 59 f.

[85] EuGH, Urt. v. 31.3.1981, Rs. 96/80, Slg. 1981, 929 (937), ECLI:EU:C:1981:80, NJW 1981, S. 2639.

[86] GA Warner, Schlussanträge v. 28.1.1981 zur Rs. 96/80 (*Jenkins*), ECLI:EU:C:1981:21. Dazu *Mangold* (Fn. 24), S. 248–266.

[87] EuGH, Urt. v. 13.5.1986, Rs. C-170/84, Slg. 1986, 1607, Rn. 29, 31 – *Bilka*; ähnlich BVerfG, Beschl. v. 14.4.2010, 1 BvL 8/08, BVerfGE 126, 29 (53 f.), nachteilige Versorgungsregelungen für Reinigungskräfte, vor allem („Putz-")Frauen.

An diese Rechtsentwicklung konnte das Bundesverfassungsgericht anschließen. So heißt es unter Berufung insbesondere auf die Bilka-Entscheidung des EuGH:

„Eine Anknüpfung an das Geschlecht kann nach der Rechtsprechung auch vorliegen, wenn eine geschlechtsneutral formulierte Regelung überwiegend Frauen trifft und dies auf natürliche oder gesellschaftliche Unterschiede zwischen den Geschlechtern zurückzuführen ist."[88]

Entscheidend ist danach die Frage, „ob eine als solche geschlechtsneutral formulierte Regelung Frauen ohne hinreichenden verfassungsrechtlichen Grund benachteiligt."[89] Auch verfassungsrechtlich ist damit allein entscheidend, ob es *tatsächlich* zu geschlechtsspezifischen Nachteilen kommt. Damit hat das Bundesverfassungsgericht die Bewegung des EuGH von einer formalen zu einer materiellen Betrachtung nachvollzogen.

b) Geltung auch jenseits von Geschlecht

Bisher streitig ist in der deutschen Literatur, ob das Verbot der mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts auch auf die anderen Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG übertragbar ist.[90] Hiergegen spräche eine Verankerung des Verbots der mittelbaren Diskriminierung in Art. 3 Abs. 2 GG, der sich exklusiv der Gleichstellung im Geschlechterverhältnis widmet. Immerhin wendet sich Absatz 2 mit dem Gebot der „Beseitigung bestehender Nachteile" sehr deutlich gegen strukturelle Diskriminierung.

Das Bundesverfassungsgericht hat das Verbot der mittelbaren Geschlechtsdiskriminierung allerdings nur teils auf Absatz 2 gestützt,[91] teils dagegen auf Absatz 3 Satz 1[92] oder auf beide Absätze[93] oder hat die Zuordnung offen gelassen[94]. Zuletzt hat es in der Entscheidung zur Dritten Option das Verbot der

[88] BVerfGE 97, 35, 43 – *Ruhegeld* (1997), mit Verweis auf EuGH- und BAG-Rechtsprechung, insb. auf die *Bilka*-Entscheidung. S. auch BVerfGE 109, 64, 89 – *Mutterschaftsgeld II* (2003).

[89] So BVerfGE 121, 241, 255 – *Ruhegehalt von Teilzeitbeamten* (2008).

[90] Dafür *Baer/Markard* (Fn. 6), Rn. 430; *Hans D. Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), GG, 16. Aufl. 2020, Art. 3 Rn. 149; wohl auch *Peters/König* (Fn. 58), Kap. 21 Rn. 79. Stattdessen für Berücksichtigung im Rahmen von Abs. 1: *Sigrid Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 144; *Uwe Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 49. Ed. 2021, Art. 3 Rn. 215–218; *Ute Sacksofsky*, in: Umbach/Clemens, GG, 2. Aufl. 2005, Art. 3 Rn. 315; *Michael Sachs*, in: Stern (Hrsg.), StaatsR IV/2 § 122 S. 1759.

[91] BVerfGE 113, 1, 15 (Abs. 2 S. 2); 126, 29, 53.

[92] BVerfGE 97, 35, 43 (1997); 104, 373, 393 (2002); 121, 241, 254 f. (2008); 132, 72, 97 f. (2012) (jedenfalls wegen besonderer Nähe des „neutralen" Kriteriums zur Mutterschaft).

[93] BVerfGE 104, 373, 393 (2002) (Verortung in Abs. 3); 138, 296, 353 f., Rn. 141, 144 – *Kopftuch II* (2015) (Abs. 3 S. 1, aber auch „Gebot der Gleichbehandlung wegen des Geschlechts"); s. auch BVerfG, Beschl. v. 8.6.2016, 1 BvR 3634/13, NZA 2016, S. 939, Rn. 22.

[94] Für Kriterien, die nicht (wie bei der Mutterschaft) einer unmittelbaren Diskriminierung nahe kommen, offen gelassen in BVerfGE 132, 72, 97 (2012).

Geschlechtsdiskriminierung ganz grundsätzlich Absatz 3 zugeordnet und das Gleichstellungsgebot Absatz 2:[95] „Vor allem aber besitzt Art. 3 Abs. 2 GG gegenüber Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG eigenständige Bedeutung, die die engere Fassung von Absatz 2 erklärt“[96] (der nämlich statt von „Geschlecht“ von „Männern und Frauen“ spricht).

„Der über das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG hinausreichende Regelungsgehalt von Art. 3 Abs. 2 GG besteht darin, dass er ein Gleichberechtigungsgebot aufstellt und dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt (BVerfGE 85, 191 [206 f.]). Seit 1994 betont Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung im Geschlechterverhältnis.“

Dies stand in der Tat so schon im Nachtarbeit-Beschluss,[97] den das Gericht hier zitiert und der Absatz 2 gegen Absatz 3 abgrenzt. Das Neue in der Entscheidung zur Dritten Option liegt in der umgekehrten Betrachtung: Das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung in Absatz 3 Satz 1 hat eigenständige Bedeutung gegenüber Absatz 2 – und kann daher mit „Geschlecht“ auch mehr erfassen als nur „Männer und Frauen“. Dies hat potentiell weitreichende Folgen.

So heißt es dort zum Gehalt des Diskriminierungsverbots aus Art. 3 Abs. 3 GG:

„Zweck des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ist es, Angehörige strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen vor Benachteiligung zu schützen“.[98]

Nicht nur Absatz 2 richtet sich also mit einem Gleichstellungsauftrag gegen strukturelle Diskriminierung, auch Absatz 3 Satz 1 hat diese Art von Exklusion im Auge – und eben nicht nur die direkte, intendierte Diskriminierung.

In der Tat hebt Art. 3 Abs. 3 GG aus den möglichen Differenzierungskriterien gerade solche heraus, die in der NS-Vergangenheit – die 1949 bei Erlass des Grundgesetzes erst vier Jahre her war – Anknüpfungspunkt von Ausgrenzung und Verfolgung waren und/oder die auch aktuell noch bedeutsam waren: Geschlecht, familiäre Abstammung, Rasse, (Erst-)Sprache, geographische Heimat und soziale Herkunft, Glaube, religiöse oder politische Anschauungen.[99] Die Aufmerksamkeit für solche „gleichheitsrechtlichen Gefährdungslagen“[100] ist freilich historisch kontingent[101]; so fehlt in Absatz 3 die sexuelle Orientierung

---

[95] Dazu bereits *Nora Markard*, Struktur und Teilhabe: zur gleichheitsdogmatischen Bedeutung der „dritten Option“, Verfassungsblog v. 14.11.2017, https://verfassungsblog.de/struktur-und-teilhabe-zur-gleichheitsdogmatischen-bedeutung-der-dritten-option/, letzter Zugriff: 24.5.2022.

[96] BVerfGE 147, 1 (28–29) – *Dritte Option*.

[97] BVerfGE 85, 191 – *Nachtarbeit*.

[98] BVerfGE 147, 1 (28).

[99] Dazu *Baer/Markard* (Fn. 6), Art. 3 Rn. 7.

[100] *Sacksofsky* (Fn. 90), Art. 3 Rn. 290; *Christine Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 74. EL 2015, Art. 3 Abs. 3 Rn. 25 („besondere Verletzlichkeit“).

[101] *Susanne Baer*, Gleichberechtigung revisited, NJW 2013, S. 3145 (3147).

und fehlte bis 1994 die Behinderung, beides ebenfalls Verfolgungsgründe im Nationalsozialismus, bezüglich derer Benachteiligungen aber noch lange danach gesellschaftlich akzeptiert blieben[102].

Im menschenrechtlichen Diskurs werden solche Gefährdungslagen auch als Vulnerabilität oder Verletzbarkeit beschrieben[103] – eine Terminologie, die das BVerfG ebenfalls aufgreift:

> „Die Vulnerabilität von Menschen, deren geschlechtliche Identität weder Frau noch Mann ist, ist in einer überwiegend nach binärem Geschlechtsmuster agierenden Gesellschaft besonders hoch."[104]

Mit dem Verweis auf eine „strukturelle" Diskriminierungsgefährdung und „Vulnerabilität" werden gesellschaftliche Strukturen als Hindernisse für Personen beschrieben, die nicht in den gesellschaftlichen Mainstream passen – und gerade deswegen eines expliziten Schutzes vor Diskriminierung bedürfen.

Indem das BVerfG hier also gerade keine spezifische Gleichstellungsdogmatik im Rahmen von Art. 3 Abs. 2 GG entwickelt, sondern diese Ausführungen – einschließlich des Verweises auf die Irrelevanz der Intention, die das Gericht bereits im Nachtarbeit-Beschluss bestätigte – Absatz 3 zuordnet, in dem das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung neben anderen Diskriminierungsverboten steht, öffnet es die Tür zu einer Übertragung dieser Erwägungen auch auf diese anderen Kategorien.

Zu einer solchen Übertragbarkeit hat sich das Gericht bisher freilich nur spärlich geäußert. Ob etwa die Pflicht zur Teilnahme am Unterricht „Werte und Normen" für Kinder, die nicht am – freiwilligen – Religionsunterricht teilnehmen, eine mittelbare Diskriminierung wegen des Glaubens ist, blieb 1999 in einer Kammerentscheidung offen.[105] Einer einschränkenden Auslegung des Merkmals „Heimat" in Absatz 3 zum Opfer fiel ein Jahr später eine mögliche mittelbare Diskriminierung wegen der Heimat hinsichtlich ostdeutscher Erwerbsbiographien – dieses Merkmal beziehe sich nach dem Entstehungszusammenhang nur auf sog. Heimatvertriebene aus den ehemaligen deutschen Ostgebieten, so die damalige Senatsmehrheit.[106]

Dass die mittelbare Diskriminierung auch in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG Raum hat, ergibt sich allerdings bereits aus einer Kammerentscheidung des Zweiten Senats

---

[102] Hierfür steht in erschreckender Weise exemplarisch das Urteil des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit der Strafbarkeit einverständlicher sexueller Handlungen zwischen Männern; BVerfGE 6, 389 – *Homosexuelle*.

[103] Exemplarisch und mit Bezug auf Rom*nja EGMR (GK), Urt. v. 18.1.2001, Nr. 27238/95 – *Chapman/Vereinigtes Königreich*; zum menschenrechtlichen Konzept der Vulnerabilität *Barskanmaz* (Fn. 2), S. 333 ff.

[104] BVerfGE 147, 1 (28).

[105] BVerfG, Beschl. v. 17.2.1999, 1 BvL 26/97, NVwZ 1999, S. 756 f.

[106] BVerfGE 107, 257, 269 f. (2003); anders aber das Sondervotum von *Kühling*, *Jaeger* und *Hohmann-Dennhardt*.

von 2004 zur Übernahme von Dolmetscherkosten für der deutschen Sprache nicht mächtige Beschuldigte auch im Ermittlungsverfahren – übrigens ebenfalls unter Berufung auf die Nachtarbeitsentscheidung:

„Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG verbietet jede Diskriminierung wegen der Sprache oder anderer dort aufgeführter Kriterien. […] Die in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG genannten Merkmale dürfen grundsätzlich weder unmittelbar noch mittelbar als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen werden (vgl. BVerfGE 85, 191 [206]; 97, 35 [43]).“[107]

Lässt sich mithin aus der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts keine klare Zuordnung zu Art. 3 Abs. 2 GG entnehmen, lässt die Entscheidung zur Dritten Option erkennen, dass die Dogmatik der mittelbaren Diskriminierung im Kern Art. 3 Abs. 3 GG zuzuordnen ist. Entsprechend unproblematisch ist sie auch in einer Kammerentscheidung (!) auf das Benachteilungsverbot wegen der Sprache angewandt worden.[108]

Vor diesem Hintergrund spricht alles dafür, das Verbot der mittelbaren Diskriminierung etwa auch auf das Verbot rassistischer Diskriminierung anzuwenden. Damit sind auch solche Regelungen und Praxen rechtfertigungsbedürftig, die zwar neutral gefasst sind, aber entlang von Kategorien wie „Rasse“, „Ethnie“, „Hautfarbe“ usw. nachteilige Effekte ungleich verteilen. So kann in einer Benachteiligung wegen der Sprache auch eine mittelbare Diskriminerung wegen der ethnischen Herkunft liegen, z. B. wenn der Gebrauch nichtdeutscher Sprachen am Arbeitsplatz untersagt, eine Bewerberin wegen der nichtdeutschen Erstsprache aussortiert oder der Besuch eines Deutschkurses zur Voraussetzung der Weiterbeschäftigung gemacht wird.[109] In all diesen Fällen muss daher ein nichtdiskriminierendes berufliches Erfordernis vorliegen, das diese Benachteiligung zu rechtfertigen mag. Auch das Bundesverfassungsgericht hat in einer Kammerenscheidung zur Versagung von Prozesskostenhilfe die Möglichkeit einer mittelbaren ethnischen Diskriminierung bei der Benachteiligung wegen mangelnder deutscher Sprachkenntnisse gerügt und deren Verhältnismäßigkeit bezweifelt; der kurdische Kläger war nicht auf die Warteliste für eine Organ-

[107] BVerfGK 1, 331, 334, Rn. 17 (2003); s. a. BVerfGK 2, 36, 39 f. (2003); BSG Urt. v. 6.2.2008, B 6 KA 40/06 R, B 6 KA 40/06, SGb 2009, 292 (295) m. Anm. *Ulrike Davy*. Weiter heißt es, dass die Kosten für die Übersetzung regelmäßig nicht von den Beschuldigten zu tragen sind, sei „geeignet, einer Diskriminierung der Betroffenen im Sinne von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG entgegenzuwirken“ (BVerfGK 1, 331, 334, Rn. 22).

[108] BVerfGK 1, 331, 334, Rn. 17 (2003); s. a. BVerfGK 2, 36, 39 f. (2003); BSG Urt. v. 6.2.2008, B 6 KA 40/06 R, B 6 KA 40/06, SGb 2009, 292 (295) m. Anm. Davy. Weiter heißt es, dass die Kosten für die Übersetzung regelmäßig nicht von den Beschuldigten zu tragen sind, sei „geeignet, einer Diskriminierung der Betroffenen im Sinne von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG entgegenzuwirken“ (BVerfGK 1, 331, 334, Rn. 22).

[109] LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 16.10.2007, 7 Ta 1977/07; ArbG Berlin, Urt. v. 11.2.2009, 55 Ca 16952/08, NZA-RR 2010, 16; BAG, Urt. v. 22.6.2011, 8 AZR 48/10, BAGE 138, 166, NJW 2012, S. 171.

transplantation aufgenommen worden, da seine mangelnden Sprachkenntnisse für Verständigungsprobleme sorgen würden.[110]

Soweit in der Literatur demgegenüber ein solcher Schutz vor mittelbarer Diskriminierung im Rahmen von Art. 3 Abs. 3 GG abgelehnt wird, wird er mehrheitlich aber im Rahmen von Absatz 1 bejaht;[111] da hier dann der Rechtfertigungsmaßstab entsprechend geschärft ist, weil die betroffenen Merkmale ja nicht nur an Absatz 3 angenähert, sondern sogar in ihm enthalten sind,[112] dürften die Unterschiede im Ergebnis nicht allzu groß sein.

3. Beweiserleichterungen

Schließlich reagiert das Antidiskriminierungsrecht auf die spezifischen Beweisprobleme bei Diskriminierungssachverhalten, die in ähnlicher Weise auch etwa im Produkthaftungsrecht bekannt sind[113], mit Beweiserleichterungen. Für Betroffene, die diskriminierende Effekte wahrnehmen, ist oft mangels Einsicht in die inneren Abläufe eines Unternehmens oder einer Behörde nicht ersichtlich, ob es sich tatsächlich um Diskriminierung handelt oder ob gute Sachgründe die Effekte erklären können. Ist letzteres nicht der Fall, bestünden gegebenenfalls rechtliche Ansprüche – doch die lassen sich in solchen Situationen kaum durchsetzen.

Die EU-Antidiskriminierungs-Richtlinien sehen daher im Einklang mit der EuGH-Rechtsprechung vor, dass von einer klagenden Person nur verlangt werden kann, dass sie Tatsachen glaubhaft macht, die den ersten Anschein der Diskriminierung belegen. Dann ist es an der Gegenseite – beispielsweise dem Arbeitgeber – sich vom Verdacht der Diskriminierung zu entlasten, und zwar durch Beweis von objektiven Gründen für den beobachteten Effekt, die mit Diskriminierung nichts zu tun haben. So heißt es in Art. 8 Abs. 1 der Antirassismus-Richtlinie:

> Die Mitgliedstaaten ergreifen im Einklang mit ihrem nationalen Gerichtswesen die erforderlichen Maßnahmen, um zu gewährleisten, daß immer dann, wenn Personen, die sich durch die Nichtanwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für verletzt halten und bei einem Gericht oder einer anderen zuständigen Stelle Tatsachen glaubhaft machen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten

[110] BVerfGK 20, 187 (2013); zum Ganzen *Barskanmaz* (Fn. 2), S. 208 f.; zur Abgrenzung zwischen verdeckter und mittelbarer am Beispiel von Schulklassen, die nach Teilnahme am Religionsunterricht aufgeteilt werden, ebd., S. 219 f.

[111] So bei *Boysen* (Fn. 90), Art. 3 Rn. 144; *Kischel* (Fn. 90), Art. 3 Rn. 215–218; *Sacksofsky* (Fn. 90), Art. 3 Rn. 315; *Sachs* (Fn. 90), § 122 S. 1759.

[112] Zur sog. neusten Formel BVerfGE 88, 87, 96 – *Transsexualität III* (1993), zur Stufenlos-Formel BVerfGE 129, 49 – *BAföG* (2011).

[113] Dazu etwa BGHZ 51, 91 – *Hühnerpest* (1968); BGHZ 104, 323 – *Sprudelflasche* (1988). Ich danke Anna Katharina Mangold für diesen Hinweis.

lassen, es dem Beklagten obliegt zu beweisen, daß keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat.

Im AGG findet sich die entsprechende Regelung in § 22. In der Debatte um das Berliner Landesantidiskriminierungsgesetz (LADG), das eine solche Regelung in § 7 enthält und sie auch auf Behörden ausweitet, ist dies unzutreffend als „Generalverdacht"[114] dargestellt worden. Doch die befürchteten Klagen „ins Blaue hinein"[115] werden auch weiterhin keinen Erfolg haben. Die Benachteiligung muss glaubhaft gemacht werden, und sie muss geeignet sein, zumindest den Anschein einer Diskriminierung zu begründen – erst dann ergibt sich eine Rechtfertigungslast für die Gegenseite.

Zur Adressierung struktureller Diskriminierung bietet die Beweiserleichterung ein hilfreiches Instrument. Wenn beispielsweise die Praxis einer Behörde nachteilige Effekte entlang von Diskriminierungskategorien erzeugt, die auf den ersten Blick nicht erklärlich sind, kann sie für die konkrete Behörde eine Rechtfertigungslast erzeugen. Diese muss dann beispielsweise offenlegen, wie sie darauf hinwirkt, dass ihre Praxis nicht diskrimininierend ist, und welche objektiven Faktoren stattdessen die betreffenden Effekte herbeigeführt haben. Sie kann zugleich Anlass sein, die internen Politiken der Behörde, ihre Abläufe und Regeln noch einmal kritisch darauf zu überprüfen, ob darin möglicherweise ohne gezielte Absicht diskriminierende Stereotype oder Muster wirksam werden.

Zentral ist hierbei, dass es bei der Beweiserleichterung nicht – oder nicht notwendig – um Motivforschung geht. Der erste Anschein beispielsweise einer Geschlechtsdiskriminierung ist kein Sexismus-Verdacht. Und ebenso ist es kein Rassismus-Verdacht (und schon gar kein Generalverdacht), wenn Anzeichen dafür erkennbar sind, dass Menschen, die von Rassifizierung betroffen sind, in bestimmten Kontexten Nachteile entstehen. Denn eine diskriminierende Motivation ist, wie gesehen, keine Voraussetzung für den Tatbestand der Diskriminierung. Es geht allein darum, ob die Diskriminierungskategorie für relative Nachteile objektiv kausal geworden ist.

Dies lässt sich gut am Beispiel der Entgeltdiskriminierung erläutern. Dort genügt es für den ersten Anschein der Diskriminierung, dass eine Frau glaub-

---

[114] So etwa der damalige Bundesinnenminister *Horst Seehofer* und der baden-württembergische Landtagsabgeordnete *Thomas Blenke*: Unionspolitiker sehen Polizisten in Berlin unter Generalverdacht, Zeit Online v. 4.6.2020, https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2020-06/antidiskriminierungsgesetz-berlin-polizei-kritik-union, letzter Zugriff: 24.5.2022.

[115] So kritisierte etwa der bayrische Innenminister *Joachim Herrmanns*, das LADG animiere „mit weitreichenden Entschädigungsregelungen die falschen Leute geradezu, die Polizei mit fadenscheinigen Diskriminierungsvorwürfen zu überziehen, um Kasse zu machen"; ebd. Diese Sorge hat sich bisher als unbegründet erwiesen: *Maria Häußler*, Antidiskriminierungsgesetz: Befürchtete Klagewelle gegen Polizei blieb aus, Berliner Zeitung v. 8.6.2021, https://www.berliner-zeitung.de/mensch-metropole/sinnvoll-oder-nutzlos-die-befuerchtete-klagewelle-gegen-die-polizei-blieb-aus-li.163648, letzter Zugriff: 24.5.2022.

haft macht, dass ihre männlichen Kollegen für die gleiche oder eine gleichwertige Tätigkeit mehr Gehalt bekommen. Der Arbeitgeber kann sich dann vom Diskriminierungsverdacht dadurch entlasten, dass er beispielsweise darlegt, dass diese Kollegen sämtlich eine längere Berufserfahrung oder eine höhere Qualifikation aufweisen – also durch Berufung auf objektive Differenzierungsgründe, die nichts mit Diskriminierung zu tun haben. Gelingt ihm diese Entlastung nicht, ist damit über die persönliche Einstellung des Arbeitgebers noch nichts gesagt. Fest steht lediglich, dass in seinem Betrieb Frauen grundlos schlechter bezahlt werden als Männer. Dass dies kein Zufalls-Effekt ist, darauf weist der sogenannte bereinigte Gender Pay Gap hin, wonach Frauen in Deutschland – auch beim Herausrechnen von solchen objektiven Faktoren – durchschnittlich 6 % weniger pro Stunde verdienen als Männer. Ob dieser Effekt aufgrund absichtlicher Diskriminierung eintritt oder weil unreflektierte Stereotype wirksam geworden sind, oder weil die von Frauen besetzten Positionen trotz gleichwertiger Arbeit schon immer etwas schlechter bezahlt wurden, ist für die betroffene Frau egal – was zählt, sind die Wirkungen.

Zeigt sich also beispielsweise in einer Schule, dass Kinder aus Familien, die als „migrantisch“ wahrgenommen werden, systematisch schlechter abschneiden als andere (*weiße*) Kinder, so bedeutet dies nichts mehr und nichts weniger, als dass die Schule zeigen muss, dass dies nicht auf rassistische Diskriminierung zurückzuführen ist, sondern auf eine neutrale Anwendung nichtdiskriminierender Kriterien. Es könnte sich beispielsweise ergeben, dass die Schule bei bestimmten Leistungsanforderungen wie Referaten oder Projekten auf starke Unterstützung durch die Eltern setzt, wodurch Kindern aus nicht deutschsprachigen Familien, die diese Unterstützung schwerlich leisten können, Nachteile entstehen. In diesem Fall wären die Leistungsanforderungen möglicherweise nicht diskriminierungsfrei, weil sie – auch ohne dass dies beabsichtigt ist – Nachteile erzeugen. Es könnte sich auch zeigen, dass bei der Leistungsbewertung institutionelle Diskriminierung zum Tragen kommt – im Sinne internalisierter Normen, Regeln, Routinen und kollektiv verfügbarer Begründungen, die vom Lehrpersonal umgesetzt oder aktiviert werden und diskriminierende Wirkung entfalten, ohne dass die Lehrpersonen das intendieren oder überhaupt wahrnehmen.[116] Allerdings könnte sich auch zeigen, dass die Leistungskriterien nichtdiskriminierend ausgestaltet sind und angewendet werden, sich aber bei den betreffenden Kindern beispielsweise schlechtere Ausgangsvoraussetzungen oder schulexterne Faktoren wie familiärer Stress so auswirken, dass sie schlechtere Leistungen erbringen. Wäre danach das schlechtere Abschneiden allein auf eine stark lückenhafte Grundschulbildung oder ein aufgrund geringeren Wortschatzes schwaches Leseverständnis zurückzuführen, wäre die Leistungsbewertung an sich nicht diskriminierend.

[116] Zu dieser Definition oben I.2.

Freilich weist dieses Beispiel zugleich darauf hin, dass es mit einem solchen Befund keineswegs getan ist. Vielmehr kann die Analyse zeigen, dass die Nachteile auf strukturelle Faktoren zurückzuführen sind, die echter Chancengleichheit im Wege stehen, wenn sie nicht durch gezielte Förderung ausgeglichen werden. Damit sind sogenannte positive Maßnahmen angesprochen, denen sich der nächste Abschnitt widmet.

III. Rechtliche Zulässigkeit von Maßnahmen auf struktureller Ebene

Sind, wie in Teil I beschrieben, Probleme auf der Ebene von Strukturen zu verorten, liegt es nahe, Maßnahmen auch auf struktureller Ebene zu ergreifen. Denn haben sich Nachteile so verfestigt, dass sie es den Einzelnen erschweren sich aus eigener Kraft aus den früheren Benachteiligungen zu befreien, haben diese de facto nicht die gleichen Chancen bei der Nutzung formal gleich verfügbarer Möglichkeiten. Hier setzen spezifische Fördermaßnahmen an, die darauf abzielen, solche verfestigten Nachteile auszugleichen. Hierzu gehören beispielsweise Mentoring-Programme, Stipendien u.ä., die Chancen gewähren, die anderen „von Haus aus“ zur Verfügung stehen. Andere Maßnahmen reagieren auf den Befund, dass trotz formal gleicher Chancen keine gleichen Ergebnisse erzielt werden. Hier sind insbesondere Quoten zu nennen.

Die Zulässigkeit solcher positiver Maßnahmen ist im Völkerrecht[117] und im Unionsrecht[118] weitgehend unumstritten. So gelten gemäß Art. 1 Abs. 4 ICERD sogenannte Sondermaßnahmen im Sinne des Art. 2 Abs. 2 ICERD,

> „die einzig zu dem Zweck getroffen werden, eine angemessene Entwicklung bestimmter Rassengruppen, Volksgruppen oder Personen zu gewährleisten, die Schutz benötigen, soweit ein solcher erforderlich ist, damit sie die Menschenrechte und Grundfreiheiten gleichberechtigt genießen und ausüben können, […] nicht als Rassendiskriminierung, sofern diese Maßnahmen nicht die Beibehaltung getrennter Rechte für verschiedene Rassengruppen zur Folge haben und sofern sie nicht fortgeführt werden, nachdem die Ziele, um derentwillen sie getroffen wurden, erreicht sind. Die EU-Richtlinie 2000/43/EG stellt in Art. 5 klar, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz ‚die Mitgliedstaaten nicht daran [hindert], zur Gewährleistung der vollen Gleichstellung in der Praxis spezifische Maßnahmen, mit denen Benachteiligungen aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft verhindert oder ausgeglichen werden, beizubehalten oder zu beschließen‘.“

Im deutschen Verfassungsrecht dagegen gibt es nach wie vor Vorbehalte. Insbesondere ist streitig, ob solche positiven Maßnahmen eine „umgekehrte Diskriminierung“ darstellen. Entscheidend für diese Frage ist, ob ein rein formales, symmetrisches Konzept zugrunde gelegt wird oder ein materiales, asymmetri-

---

[117] Dazu *Mehrdad Payandeh* in diesem Band, S. 237.
[118] Dazu *Katharina Pabel* in diesem Band, S. 201.

sches Verständnis. Bei einem symmetrischen Verständnis sind Maßnahmen zugunsten einer benachteiligten Gruppe eine im Grundsatz verbotene Bevorzugung dieser Gruppe; ein materiales Verständnis geht davon aus, dass Art. 3 Abs. 3 GG „gesellschaftliche Strukturen sozialer Ungleichheit [adressiert], entlang derer Chancen, Ressourcen und Erfolge verteilt sind."[119]

1. Diskussionsstand zu Frauenquoten

Die Zulässigkeit Frauenquoten war lange Gegenstand von heftigen, oft polemischen Diskussionen. Das Bundesverfassungsgericht hatte nach wie vor keine Gelegenheit, über diese Fragen zu entscheiden, hat aber bereits 1991 in der Nachtarbeit-Entscheidung deutlich gemacht, dass Fördermaßnahmen eine Möglichkeit sind, Nachteile zu beseitigen:

> „Die Verfassungswidrigkeit des § 19 Abs. 1 1. Alt. AZO läßt sich auf verschiedene Weise beseitigen. Der beabsichtigte Schutz vor den gesundheitlichen Folgen von Nachtarbeit kann sowohl durch geschlechtsneutrale Beschränkungen ihrer Zulässigkeit als auch durch andersartige Regelungen, insbesondere die Begründung besonderer Schutz- und Fürsorgepflichten, verwirklicht werden. Darüber hinaus kommen Fördermaßnahmen zur Erleichterung der Doppelbelastung durch Familie und Beruf in Betracht."[120]

Die Grundgesetzänderung 1994, mit der Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG eingefügt wurde, gilt als Formelkompromiss, der die Klärung der Zulässigkeit der Gesetzgebung und den Gerichten überließ.[121] Der EuGH hat in einer Reihe von Entscheidungen Kriterien für die Zulässigkeit von Fördermaßnahmen aufgestellt, die maßgeblich für die verschiedenen Modelle in den Bundes- und Landesgleichstellungsgesetzen sind; danach sind Vorzugsregeln bei gleicher Qualifikation zulässig, jedoch nur, wenn es eine Art Härtefallklausel gibt, die es ermöglicht, die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.[122] Damit ist eine Art Waffenstillstand eingetreten.

Neu aufgeflammt ist die Debatte durch die Paritäts-Regelungen in Brandenburg und Thüringen, die von den jeweiligen Landesverfassungsgerichtshöfen

---

[119] *Baer/Markard* (Fn. 6), Art. 3 Rn. 418.

[120] BVerfGE 85, 181, 212 (1991).

[121] Ausführlicher *Sacksofsky* (Fn. 90), Art. 3 Rn. 286–288; *Lerke Osterloh/Angelika Nußberger*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 225–232; insgesamt *Theresia Degener*, Der Streit um Gleichheit und Differenz in der Bundesrepublik Deutschland seit 1945, in: Gerhard (Hrsg.), Frauen in der Geschichte des Rechts: Von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart, 1997, S. 871.

[122] EuGH, Urt. v. 17.10.1995, Rs. C-450/93, Slg. 1995, I-3051 – *Kalanke*, keine „automatische" Bevorzugung; EuGH, Urt. v. 6.7.2000, Rs. C-407/98, Slg. 2000, I-5539 – *Abrahamsson*, Anforderung gleicher Qualifikation; EuGH, Urt. v. 11.11.1997, Rs. C-409/95, Slg. 1997, I-6363 – *Marschall*, Öffnungsklausel für Einzelfallgerechtigkeit, objektive Beurteilung diskriminierungsfreier Kriterien; Urt. v. 28.3.2000, Rs. C-158/97, Slg. 2000, I-1875 – *Badeck*, Frauenförderpläne, Reservierung von Ausbildungsplätzen.

für verfassungswidrig erklärt wurden.[123] Diese Entscheidungen betreffen mit den Wahlgrundsätzen allerdings eine Spezialmaterie. An einer Enscheidung des BVerfG in der Sache fehlt es weiterhin, da beide vom Zweiten Senat entschiedenen Verfahren bereits an mangelndem Vortrag scheiterten.[124]

Soweit Frauenfördermaßnahmen im Übrigen als zulässig angesehen werden, wird dies überwiegend mit dem Gleichstellungsgebot des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG begründet.[125] Damit stellt sich auch hier die Frage, inwieweit die Dogmatik der Gleichstellung im Geschlechterverhältnis und der Geschlechtsdiskriminierung auf andere Diskriminierungskategorien übertragbar ist. Sind Fördermaßnahmen zum Ausgleich von strukturellem Rassismus schon deswegen unzulässig, weil es an einem Art. 3 Abs. 2 GG vergleichbaren Gleichstellungsgebot fehlt?

2. Zulässigkeit positiver Maßnahmen bei anderen Benachteiligungen

Zunächst sind Fördermaßnahmen zugunsten von Frauen nur dann rechtfertigungsbedürftig, wenn sie überhaupt als Bevorzugung von Frauen bzw. Benachteiligung von Männern gefasst werden. Bei einer formalen Betrachtung ist dies der Fall; denn wenn bei gleicher Qualifikation die Frau eingestellt wird, weil im betreffenden Sektor Frauen unterrepräsentiert sind, wird sie formal dem männlichen Konkurrenten vorgezogen. Bei einer materiellen Betrachtung dagegen ist eine Regelung, die dazu dient, gesellschaftlich vermittelte Nachteile auszugleichen, um echte Chancengleichheit herzustellen, keine Benachteiligung derer, die diese Nachteile nicht haben, und auch keine Bevorzugung der Benachteiligten.[126] Nur zum Zwecke des Abbaus solcher Nachteile sind Fördermaßnahmen ja überhaupt zulässig; in diesem Rahmen stellen sie, wie die UN-Konvention ICERD und die EU-Antidiskriminierungsrichtlinien klarstellen, keine rechtfertigungsbedürftige Diskriminierung dar.

Eine solche Lesart ergibt sich zwanglos aus der Systematik des Art. 3 Abs. 3 GG: Die Merkmale des Satz 1 erfassen sowohl bevorzugte als auch benachteiligte Ausprägungen, also etwa „Geschlecht“ Frauen ebenso wie Männer (und nichtbinäre Personen). Konsequent spricht die Vorschrift nicht nur von Benachteiligung, sondern von „benachteiligen“ oder „bevorzugen“. Bei der Behinde-

[123] VerfGH Thüringen, Urt. v. 15.7.2020, VerfGH 2/20; VerfGH Brandenburg, Urt. v. 23.10.2020, VfgBbg 9/19, VfgBbg 55/19.

[124] BVerfGE 156, 224 (2020): unzulässige Wahlprüfungsbeschwerde wegen fehlender gesetzlicher Regelungen zur Parität; BVerfG, Beschl. v. 6.12.2021, 2 BvR 1470/20: Nichtannahme einer Verfassungsbeschwerde gegen die Paritäts-Entscheidung des Thüringischen Verfassungsgerichtshofs wegen mangelnder Begründung.

[125] Siehe etwa *Kischel* (Fn. 90), Art. 3 Rn. 196 ff.; *Langenfeld* (Fn. 100), Art. 3 Abs. 2 Rn. 92; *Werner Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 113.

[126] Dazu *Baer/Markard* (Fn. 6), Art. 3 Rn. 372.

rung dagegen handelt es sich – anders etwa als bei „körperliche und geistige Fähigkeiten“ – um eine Kategorie, die allein die benachteiligte Ausprägung umfasst; konsequent spricht die Vorschrift hier nur von Benachteiligung. Positive Maßnahmen, die sich auf den Ausgleich struktureller Nachteile beziehen, können daher bereits als nicht tatbestandsmäßig angesehen werden.

Werden Fördermaßnahmen dagegen als (formale) Bevorzugung der Geförderten verstanden – und damit als Benachteiligung der nicht Geförderten – verlagert sich die Frage des Nachteilsausgleichs in die Prüfung der Rechtfertigung. Hier ist die Rechtfertigung dann allerdings direkt aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG zu entnehmen.[127] Fördermaßnahmen können auch zur Sicherung von Freiheitsrechten legitim und verhältnismäßig sein oder zur Realisierung des Sozialstaatsprinzips, z. B. bei Maßnahmen wegen fehlender Sprachkenntnisse.[128] Diese Rechtfertigungsmöglichkeiten bleiben freilich denjenigen verschlossen, die – anders als hier vertreten – davon ausgehen, dass Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ein absolutes Anknüpfungsverbot darstellt und keine Rechtfertigung erlaubt.

Selbst nach diesem engen Verständnis wären allerdings nicht jegliche Fördermaßnahmen unzulässig. Tatsächlich hat die Debatte um Quoten die Diskussion um Fördermaßnahmen unnötig zugespitzt. Denn Vorzugsregeln oder Ergebnisvorgaben bei Einstellungs- oder Beförderungsentscheidungen sind nur einer von vielen Ansatzpunkten, um Unterrepräsentation zu adressieren. Wie gesehen, gibt es häufig auch vorgelagerte oder verfahrensexterne Faktoren, die zur Unterrepräsentation beitragen und die adressiert werden können, ohne an ein verpöntes Merkmal anzuknüpfen. Hierzu gehören in Bezug auf Geschlecht beispielsweise Maßnahmen zur Erhöhung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie oder „Partnermonate“, die Anreize zur Aufteilung der Elternzeit zwischen beiden Elternteilen setzen, ohne an deren Geschlecht anzuknüpfen[129]. Hierauf hat das BVerfG, wie gesehen, bereits in der Nachtarbeit-Entscheidung hingewiesen – und zwar *vor* Einführung des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG.

Die Frage der Zulässigkeit von Fördermaßnahmen zum Ausgleich struktureller Diskriminierung aufgrund der sogenannten Rasse hat kürzlich das Land Berlin neu gestellt, das im Partizipationsgesetz (PartMigG)[130] ursprünglich auch eine Quote für Menschen mit Migrationshintergrund vorsehen wollte.[131]

---

[127] *Baer/Markard* (Fn. 6), Art. 3 Rn. 435; dagegen *Langenfeld* (Fn. 100), Art. 3 Abs. 2 Rn. 21, Art. 3 Abs. 3 Rn. 30, 74.

[128] So *Marion Eckertz-Höfer*, in: AK-GG, 2. Aufbaulieferung 2002, Art. 3 Rn. 92, 118.

[129] Dazu BVerfG, Beschl. v. 19.8.2011, 1 BvL 15/11, BVerfGK 19, 33 (38), FamRZ 2011, 1645.

[130] Gesetz zur Förderung der Partizipation in der Migrationsgesellschaft des Landes Berlin v. 15.7.2021, GVBl. Jg. 77 Nr. 54, S. 842.

[131] Dazu *Julius Betschka*, Berlin verzichtet auf Migrantenquote im öffentlichen Dienst, Tagesspiegel v. 5.2.2021, https://www.tagesspiegel.de/berlin/spd-setzt-sich-gegen-linke-durchberlin-verzichtet-auf-migrantenquote-im-oeffentlichen-dienst/26888982.html, letzter Zugriff: 24.5.2022.

Stattdessen sind nun Maßnahmen zur Förderung der Beschäftigung von Personen mit Migrationshintergrund entsprechend ihrem Anteil an der Berliner Bevölkerung im öffentlichen Dienst vorgesehen (§§ 11–14 PartMigG). Eine Quote wäre unter Berücksichtigung der erwähnten Vorgaben aber nach der hier vertretenen Auslegung wohl mit Art. 33 Abs. 2 GG vereinbar gewesen.[132]

Positive Maßnahmen, die unmittelbar an einen konkreten, empirisch als kausal für Nachteile identifizierten Umstand anknüpfen und nicht an eine vermeintliche Gruppenzugehörigkeit, haben gegenüber solchen gruppenbezogenen Maßnahmen den Vorteil, dass sie präziser wirken und auch Personen erfassen, die zwar nicht zur unterrepräsentierten „Zielgruppe" gehören, aber gleichfalls strukturelle Nachteile haben. So kann beispielsweise die frühe und gezielte Adressierung eines eingeschränkten Vokabulars und von Schwierigkeiten beim „Code-Switching" in die Hochsprache den Schulerfolg von allen Kindern verbessern, die hiermit Probleme haben, z. B. weil sie aus sozial exkludierten Familien stammen, statt alle migrantischen Kinder unabhängig von ihren Fähigkeiten als sprachschwach zu stigmatisieren. Unbeantwortet bliebe mit einer solchen Maßnahme freilich die Frage, welche strukturellen Faktoren dazu führen, dass soziale Nachteile in Deutschland so überproportional häufig Kinder mit sogenanntem Migrationshintergrund treffen.

Maßnahmen, die Symptome adressieren, befreien insofern nicht von der unangenehmen Frage nach den Ursachen, deren Beseitigung ihrerseits größere Transformationen erfordern kann. Und zugleich ist stets zu klären, ob es wirklich nur an strukturellen Faktoren gesellschaftlicher Art liegt, oder ob nicht doch auch unreflektierte Vorurteile und problematische institutionelle Routinen oder gar rassistische Überzeugungen zum Tragen kommen.

IV. Beseitigung struktureller Diskriminierung als Aufgabe des Antidiskriminierungsrechts

Strukturelle Diskriminierung und damit struktureller Rassismus sind insofern zunächst einmal analytische Begriffe, die empirische Phänomene und Zusammenhänge beschreiben. Das Antidiskriminierungsrecht kann die hiervon beschriebenen Mechanismen durchaus mit existierenden dogmatischen Figuren adressieren und dadurch diskriminierende Effekte erfassen. Seine Dogmatik fördert zugleich ein genaues Hinsehen, um die Ursachen der beobachteten

[132] Siehe dazu *Ibrahim Kanalan*, Weder revolutionär noch eine Besonderheit: Fördermaßnahmen zwischen verfassungsrechtlicher Zulässigkeit und völkerrechtlicher Verpflichtung, Verfassungsblog v. 24.2.2021, https://verfassungsblog.de/weder-revolutionar-noch-eine-besonderheit/, letzter Zugriff: 24.5.2022; *Thomas Groß*, Die Verfassungskonformität einer Quote für Eingewanderte, JZ 76 (2021), S. 880.

Nachteile empirisch zu identifizieren – allerdings, um die Rechtsdurchsetzung nicht zu verunmöglichen, im Wege der Beweislastumkehr.

Strukturelle Nachteile verweisen allerdings auf Umstände, die mit selbst weit gefassten Diskriminierungsverboten und Beweiserleichterungen in der Regel nicht zu beseitigen sind. Vielmehr bedarf es struktureller Maßnahmen, durch die Nachteile abgebaut werden. Hierzu können auch gezielte Fördermaßnahmen zum Ausgleich von Nachteilen dienen. Das Völker- und Europarecht betrachten solche Maßnahmen zu Recht nicht als diskriminierend, weil sie keine Nachteile erzeugen, sondern beseitigen. Auch Art. 3 GG lässt solche Maßnahmen über das Geschlechterverhältnis hinaus zu – allerdings nur soweit und solange sie tatsächlich erforderlich sind.

Eine Gesellschaft, die ihre Mitglieder als Freie und Gleiche voraussetzt, kann sich auf formaler Gleichheit nicht ausruhen, wenn Hinweise darauf bestehen, dass nicht alle diese Freiheiten in gleicher Weise nutzen können. Das Gleichheitsrecht ist insofern immer schon kontrafaktisch gewesen und drängt damit auf die Transformation ungleicher Verhältnisse.[133] Das Antidiskriminierungsrecht bietet mit dem Verbot der direkten und der mittelbaren Diskriminierung, den angemessenen Vorkehrungen sowie den positiven Maßnahmen einen ganzen Instrumentenkasten, um die Bedingungen herzustellen, die das Versprechen der Demokratie voraussetzt.

---

[133] Dazu *Tim Wihl*, Aufhebungsrechte: Form, Zeitlichkeit und Gleichheit der Grund- und Menschenrechte, 2019, S. 27, 170ff.

Impulse des Unions- und Völkerrechts

Unionsrechtliche Diskriminierungsverbote wegen der Rasse

Katharina Pabel

I. Überblick

Im Jahr 1997 wurde die Europäische Stelle zur Beobachtung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit[1] durch eine Verordnung des Rates gegründet.[2] Ihre Aufgabe bestand darin, wissenschaftlich fundierte und vergleichbare Daten über Fremdenfeindlichkeit, Rassismus sowie Antisemitismus und Diskriminierung zu sammeln, zu analysieren und die Erkenntnisse zu verbreiten. Untersucht werden sollten Ausmaß, Ursachen, Folgen und Entwicklungstendenzen von Fremdenfeindlichkeit. Die Agentur wurde 2007 in die EU-Grundrechteagentur überführt und aufgelöst.[3]

Schon diese Entwicklung zeigt, dass das Verbot der Diskriminierung wegen der Rasse ein durchaus zentrales Thema der europäischen Grundrechtspolitik ist, das manchmal allerdings weniger im Fokus der Öffentlichkeit steht als andere Anti-Diskriminierungs-Politiken.

Vor diesem Hintergrund soll im Zuge dieses Beitrags zunächst eine unionsrechtliche Bestandsaufnahme, des Primärrechts und des Sekundärrechts, vorgenommen werden, um anschließend das Diskriminierungsverbot und den Begriff der Rasse zu diskutieren. Am Ende steht ein Blick auf die Unionspolitik in Umsetzung des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Rasse und ein kurzes Resümee, in dem die Leitfragen dieses Projekts noch einmal aufgegriffen werden: Umfassen die Diskriminierungsverbote neben vermeintlich angeborenen Unterschieden auch kulturalisierte Formen des Rassismus? Und wie verhält sich das Verbot einer offenen, versteckten oder mittelbaren Diskriminierung zu den Erscheinungsformen eines strukturellen bzw. institutionellen Rassismus, der nicht auf intentionalen Handlungen beruht?

---

[1] European Union Monitoring Centre on Racism and Xenophobia, EUMC.

[2] Verordnung (EG) 1035/97 des Rates v. 2.6.1997 zur Einrichtung einer Europäischen Stelle zur Beobachtung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit.

[3] Verordnung (EG) 168/2007 des Rates v. 15.2.2007 zur Errichtung einer Agentur der Europäischen Union für Grundrechte.

II. Unionsrechtliche Bestandsaufnahme – Primärrecht

Im Primärrecht der Union finden sich drei Ansatzpunkte, die auf das Verbot der Diskriminierung wegen der Rasse Bezug nehmen: Art. 10 AEUV als Querschnittsklausel, Art. 19 AEUV als Ermächtigungsgrundlage und Art. 21 GRC als Grundrecht. Darüber hinaus sei noch Art. 67 Abs. 3 AEUV im Zusammenhang mit dem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts genannt, der die Verhütung und Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit als einen Bestandteil der Herstellung von Sicherheit ansieht.[4]

1. Bekämpfung von Diskriminierung als Querschnittsklausel

Art. 10 AEUV findet sich im Vertragsteil über die Grundsätze des Handelns der Union und enthält eine Querschnittsklausel, die die Bekämpfung von Diskriminierungen zum Ziel unionalen Handelns macht.[5] Danach ist die Union generell verpflichtet, bei all ihren Tätigkeiten Diskriminierungen aus bestimmten, explizit genannten Gründen zu bekämpfen. Zu den Diskriminierungsgründen zählen auch Rasse und ethnische Herkunft neben Geschlecht, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexueller Orientierung. Die Querschnittsklausel richtet sich ausschließlich an die Union und erfasst „die Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen", also sämtliche Tätigkeiten der Organe der Union.[6]

Der Bestimmung lässt sich ein allgemeiner Auftrag an die Union entnehmen, die genannten Diskriminierungen überhaupt zu bekämpfen. In diesem Sinne stellt die Querschnittsklausel des Art. 10 AEUV einen Konkretisierungsschritt der Wertegrundsätze der Union und ihrer Mitgliedstaaten, wie sie sich in Art. 2 und 3 EUV finden, dar. Eine eigenständige Kompetenzgrundlage gewährt Art. 10 AEUV jedoch nicht, sondern setzt diese vielmehr voraus. Auch ein subjektives Recht lässt sich aus Art. 10 AEUV nicht ableiten.[7]

---

[4] Siehe *Cengiz Barskanmaz*, Recht und Rassismus. Das menschenrechtliche Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse, 2019, S. 162.

[5] *Matthias Rossi*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 10 AEUV Rn. 2.

[6] *Ursula Rust*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 19 AEUV Rn. 115; *Kerstin von der Decken*, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2. Aufl. 2020, § 49 Rn. 60; *Rossi* (Fn. 5), Art. 10 AEUV Rn. 3.

[7] Siehe auch *Christoph Grabenwarter/Anna Katharina Struth*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 73. Lfg. 2021, Art. 19 AEUV Rn. 7; *Hans D. Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, 4. Aufl. 2021, Art. 21 GRC Rn. 1.

2. Ermächtigung zur Bekämpfung von Diskriminierung

Eine Ermächtigungsgrundlage für die unionale Antidiskriminierungspolitik stellt Art. 19 AEUV zur Verfügung.[8] Nach dieser Vorschrift, die systematisch im zweiten Teil des Vertrags über Nichtdiskriminierung und Unionsbürgerschaft verortet ist, kann der Rat in einem besonderen Gesetzgebungsverfahren und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments einstimmig geeignete Vorkehrungen treffen, um Diskriminierungen aus verschiedenen Gründen, darunter aus Gründen der Rasse oder ethnischen Herkunft, zu bekämpfen. Die verpönten Diskriminierungsgründe decken sich mit jenen in Art. 10 AEUV genannten. Art. 19 Abs. 2 AEUV enthält ebenfalls eine Unionskompetenz, die durch das Europäische Parlament und den Rat im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren ausgeübt wird. Diese ermächtigt dazu, Grundprinzipien für Fördermaßnahmen der Union festzulegen, um Maßnahmen der Mitgliedstaaten, die diese zur Erreichung der Bekämpfung der Diskriminierung ergreifen, zu unterstützen.

Die Ermächtigungs- bzw. Kompetenzgrundlage des Art. 19 AEUV besteht „im Rahmen der durch die Verträge auf die Union übertragenen Zuständigkeiten". Wie genau das Zusammenspiel zwischen dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und der Grundlage des Art. 19 AEUV zu verstehen ist, wird im Schrifttum diskutiert und ist im Einzelnen umstritten.[9] Das soll an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden. Gute Gründe sprechen dafür, eine Rechtsetzungszuständigkeit der Union zur Bekämpfung von Diskriminierung dann anzunehmen, wenn sie allgemein für einen bestimmten Sachbereich die Zuständigkeit besitzt.[10]

3. Das grundrechtliche Diskriminierungsverbot

Zu den genannten Bestimmungen tritt als drittes das in Art. 21 GRC verankerte Verbot der Diskriminierung hinzu, das wiederum eine Reihe von unzulässigen Diskriminierungsgründen aufzählt – allerdings im Gegensatz zur Querschnittsklausel und zur Ermächtigungsgrundlage nicht abschließend (arg. e. „insbesondere").[11] Rasse und ethnische Herkunft werden explizit in Art. 21

---

[8] *Franz J. Heidinger/Christoph Kasper*, Antidiskriminierung, 2. Aufl. 2014, S. 113; *Daniel-Erasmus Khan/Sophia Henrich*, in: Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2017, Art. 19 AEUV Rn. 2; *von der Decken* (Fn. 6), § 49 Rn. 44; *Astrid Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 19 AEUV Rn. 1.

[9] Siehe *Khan/Heinrich* (Fn. 8), Art. 19 AEUV Rn. 8; *Michael Holoubek*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 19 AEUV Rn. 9 f.; *Grabenwarter/Struth* (Fn. 7), Art. 19 AEUV Rn. 16 ff.; *Epiney* (Fn. 8), Art. 19 AEUV Rn. 6.

[10] Siehe dazu ausführlich *von der Decken* (Fn. 6), § 49 Rn. 46 f.

[11] *Walther Michl*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar, 2017,

Abs. 1 GRC genannt, dazu in engem inhaltlichen Zusammenhang auch die Hautfarbe.

Das Diskriminierungsverbot des Art. 21 Abs. 1 GRC vermittelt ein Grundrecht, nicht bloß einen Grundsatz iSd Art. 52 Abs. 5 GRC, und damit ein einklagbares subjektives Recht.[12] Es verpflichtet die Organe und Einrichtungen der Union und die Mitgliedstaaten gemäß Art. 51 Abs. 1 GRC „in Durchführung des Unionsrechts".[13] Personen können sich unmittelbar auf das Grundrecht berufen, auch wenn kein entsprechender Sekundärrechtsakt erlassen wurde.

Unbeschränkt ist dieses Grundrecht nicht. Es unterliegt der allgemeinen Schrankenklausel des Art. 52 Abs. 1 GRC, derzufolge Beschränkungen der Chartagrundrechte dann zulässig sind, wenn sie gesetzlich vorgesehen sind, den Wesensgehalt der Rechte und Freiheiten achten und verhältnismäßig sind. Ohne die prinzipielle Anwendbarkeit der Schrankenklausel in Frage zu stellen, wird jedenfalls bei unmittelbaren Diskriminierungen aus Gründen der Rasse in Anlehnung an die Rechtsprechung des EGMR angenommen, sie stellten eine Beeinträchtigung der Würde des Menschen dar und könnten nicht gerechtfertigt werden.[14] Auch ein Anknüpfen an die ethnische Herkunft sei in aller Regel unzulässig.[15] Judikatur des EuGH zu dieser Frage liegt nicht vor. Das Beispiel für eine zulässige Ausnahme, auf das immer wieder rekurriert wird, ist jenes eines Regisseurs, der einen Schauspieler einer bestimmten Herkunft für eine bestimmte Rolle in einem Film suchen dürfte.[16]

Art. 21 GRC Rn. 8; *Alexander Graser/Stefan Reiter*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 21 GRC Rn. 9; *Jarass* (Fn. 7), Art. 21 Rn. 9; *Rossi* (Fn. 5), Art. 21 GRC Rn. 9.

[12] *Rudolf Streinz*, in: ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 21 GRC Rn. 6; *Sven Hölscheidt*, in: Meyer/ders. (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU, 5. Aufl. 2019, Art. 21 GRC Rn. 32; *Jarass* (Fn. 7), Art. 21 Rn. 3.

[13] Dazu weiterführend *Michl* (Fn. 11), Art. 21 GRC Rn. 13; zur Bestimmung des Anwendungsbereichs der GRC siehe für alle *Armin Hatje*, in: Schwarze/Becker/ders./Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 51 Rn. 9 ff.; *Thorsten Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 51 GRC Rn. 4.

[14] *Walter Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 4: Europäische Grundrechte, 2009, Rn. 3286; *Rossi* (Fn. 5), Art. 21 Rn. 9; *Jochen Mohr*, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2022, Art. 21 GRC Rn. 59; zur unterschiedlichen Kontrolldichte bei der Prüfung der verschiedenen Merkmale des Art. 21 Abs. 1 GRC *Jarass* (Fn. 7), Art. 21 Rn. 29; siehe weiterführend in IV.2. zum Rassebegriff in der Rechtsprechung des EGMR.

[15] *Jarass* (Fn. 7), Art. 21 Rn. 32.

[16] Bericht der Kommission an das europäische Parlament und den Rat über die Anwendung der Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft („Rassismusbekämpfungsrichtlinie") und der Richtlinie 2000/78/EG des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf („Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie") v. 19.3.2021, COM (2021) 139, S. 18; *Michl* (Fn. 11), Art. 19 AEUV Rn. 24; *Barskanmaz* (Fn. 4), S. 170.

III. Unionsrechtliche Bestandsaufnahme – Sekundärrecht

In Konkretisierung des grundrechtlich verankerten Diskriminierungsverbots wurde im Jahr 2000 die Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft als erste der Nichtdiskriminierungsrichtlinien erlassen („Antirassismusrichtlinie“).[17] Die Richtlinie gilt für alle Personen ohne Ansehung der Staatsangehörigkeit in öffentlichen und privaten Bereichen, einschließlich öffentlicher Stellen. Sie umfasst das Arbeitsleben, den Sozialschutz und Leistungen der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste, soziale Vergünstigungen, Bildung und den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, wiederum einschließlich öffentlicher Stellen. Sie geht damit hinsichtlich der erfassten Lebensbereiche über die anderen Gleichbehandlungs-Richtlinien hinaus, die sich insbesondere auf das Arbeitsleben beziehen.[18] Ihr Anwendungsbereich erstreckt sich ausweislich des Evaluierungsberichts, den die Kommission im März 2021 zur Richtlinie veröffentlicht hat, auch auf die Anwendung von künstlicher Intelligenz in den aufgezählten Bereichen.[19] Neben einem Verbotstatbestand, der unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen aus Gründen der Rasse oder ethnischen Herkunft untersagt, stellt die Richtlinie die Möglichkeit der Mitgliedstaaten heraus, spezifische Maßnahmen beizubehalten oder zu beschließen, mit denen Benachteiligungen aus diesen Gründen verhindert oder ausgeglichen werden („positive Maßnahmen“).[20] Betroffene müssen ihre Rechte auf dem Gerichts- oder Verwaltungsweg oder ggf. durch Schlichtungsverfahren geltend machen können. Im Verlauf solcher Verfahren greifen besondere Regelungen über die Beweislast und es müssen effektive Sanktionen vorgesehen sein.[21] Darüber hinaus sind bestimmte Maßnahmen zum Opferschutz vorgesehen, wie die Einrichtung einer Gleichbehandlungsstelle und Schutz vor Viktimisierung, also vor Benachteiligungen, die eine Person als Reaktion auf eine Beschwerde oder auf die Einleitung eines Verfahrens zur Durchsetzung der Gleichbehandlung gewärtigen kann.[22]

---

[17] Richtlinie 2000/43/EG des Rates v. 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft.

[18] *Anna Sporrer*, in: Jaeger/Stöger (Hrsg.), EUV/AEUV, 258. Lfg. 2020, Art. 19 AEUV Rn. 42 ff. Der Geltungsbereich der Richtlinie darf nicht eng definiert werden, siehe EuGH, Urt. v. 12.5.2011, Rs. C-391/09 – *Runevič-Vardyn and Wardyn*, Rn. 43.

[19] Bericht der Kommission (Fn. 16), S. 18.

[20] Art. 5 RL 2000/43/EG; der Grundgedanke solcher positiven Maßnahmen entspringt dem US-amerikanischen Modell der „affirmative action“, dazu ausführlich *Heidinger/Kasper* (Fn. 8), S. 134 f.; siehe auch *Epiney* (Fn. 8), Art. 19 AEUV Rn. 4.

[21] Art. 7 f. RL 2000/43/EG; zur besonderen Relevanz der Regelung der Beweislasterleichterung *Barskanmaz* (Fn. 4), S. 175.

[22] Art. 9 RL 2000/43/EG.

IV. Diskriminierung aus Gründen der Rasse nach dem Unionsrecht

1. Diskriminierungsbegriff

Die genannten Rechtsgrundlagen des Primär- und Sekundärrechts stellen auf „Diskriminierungen" ab und verbieten sie bzw. fordern und ermöglichen ihre Bekämpfung. Der unionsrechtliche Begriff der Diskriminierung ist von der Rechtsprechung des EuGH insbesondere in Auslegung von Art. 18 AEUV bzw. dessen Vorgängerbestimmungen entwickelt worden, wonach im Anwendungsbereich der Verträge die Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten ist. Die entsprechende Judikatur zum Diskriminierungsrecht wird aber für das gesamte Diskriminierungsrecht angewendet.[23] Diskriminierung im unionsrechtlichen Sinn liegt nach der Rechtsprechung des EuGH vor, wenn unterschiedliche Vorschriften auf gleiche Sachverhalte oder dieselben Vorschriften auf ungleiche Sachverhalte angewendet werden.[24] Die Situationen müssen nicht identisch, sondern nur vergleichbar sein, wobei die Vergleichbarkeit anhand aller die betreffende Situation kennzeichnenden Merkmale zu beurteilen ist.[25] Die Differenzierung muss nachteilige Auswirkungen haben; eine Diskriminierung liegt also vor, wenn einer Person gegenüber ein verpöntes Diskriminierungsmerkmal benachteiligend aufgegriffen wird.[26] Die Antirassismusrichtlinie greift wie die übrigen Anti-Diskriminierungsrichtlinien diese Rechtsprechung auf und definiert den Begriff der „Diskriminierung" entsprechend.[27]

Vom Diskriminierungsbegriff erfasst sind auch mittelbare Diskriminierungen, die dann vorliegen, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einer Rasse oder ethnischen Gruppe angehören, in besonderer Weise benachteiligen können.[28] Ausgenommen vom in der

[23] Vgl. *Michl* (Fn. 11), Art. 19 AEUV Rn. 17; *Grabenwarter/Struth* (Fn. 7), Art. 19 AEUV Rn. 30.

[24] Siehe u. a. EuGH, Urt. v. 14.2.1995, Rs. C-279/93 – *Schumacker*, Rn. 30; EuGH, Urt. v. 13.2.1996, Rs. C-342/93 – *Gillespie*, Rn. 16; EuGH, Urt. v. 26.10.2006, Rs. C-248/04 – *Koninklijke Coöperatie Cosun*, Rn. 72; EuGH, Urt. v. 3.5.2007, Rs. C-303/05 – *Advocaten voor de Wereld*, Rn. 56; EuGH, Urt. v. 6.10.2009, Rs. C-123/08 – *Wolzenburg*, Rn. 63; siehe auch *Michl* (Fn. 11), Art. 19 AEUV Rn. 17; *Grabenwarter/Struth* (Fn. 7), Art. 19 AEUV Rn. 30; *Rust* (Fn. 6), Art. 19 AEUV Rn. 104.

[25] EuGH, Urt. v. 12.12.2013, Rs. C-267/12 – *Hay*, Rn. 33; EuGH, Urt. v. 19.7.2017, Rs. C-143/16 – *Abercrombie & Fitch Italia*, Rn. 25.

[26] *Holoubek* (Fn. 9) Art. 19 AEUV Rn. 30; *Grabenwarter/Struth* (Fn. 7), Art. 19 AEUV Rn. 30. Für die Annahme einer Diskriminierung bedarf es jedoch keiner konkreten, identifizierbaren Person. Die öffentliche Äußerung eines Arbeitgebers, er werde keine Arbeitnehmer einer bestimmten ethnischen Herkunft oder Rasse einstellen, stellt eine unmittelbare Diskriminierung dar, siehe EuGH, Urt. v. 10.7.2008, Rs. C-54/07 – *Feryn* Rn. 23, 25.

[27] Art. 2 RL 2000/43/EG.

[28] Art. 2 Abs. 2 lit. b RL 2000/43/EG; siehe weiterführend *Michl* (Fn. 11), Art. 19 AEUV Rn. 18; *Holoubek* (Fn. 9), Art. 19 AEUV Rn. 28; *Graser/Reiter* (Fn. 11), Art. 21 GRC Rn. 12; *Jarass* (Fn. 7), Art. 21 Rn. 11.

Richtlinie definierten Begriff der mittelbaren Diskriminierung sind Fälle, in denen die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.[29]

In einer recht aktuellen Entscheidung musste sich der EuGH mit dem Vorabentscheidungsersuchen eines österreichischen Landesgerichts befassen, das eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft angedacht hatte.[30] Der Sache nach ging es um eine Regelung der Wohnbeihilfe im Land Oberösterreich, derzufolge die Gewährung von Wohnbeihilfe an langfristig aufenthaltsberechtigte Drittstaatsangehörige daran geknüpft ist, dass diese über grundlegende Deutschkenntnisse verfügen. Die sozialrechtliche Einordnung der Wohnbeihilfe kann für die Erörterung der Diskriminierungsfrage offenbleiben. Das Landesgericht fragte, ob in dem Erfordernis von grundlegenden Kenntnissen der Landessprache eine mittelbare Diskriminierung liegt. Der Gerichtshof lehnte das im Ergebnis ab und stützte sich insoweit auf die Definition der mittelbaren Diskriminierung nach der Antirassismusrichtlinie. Mittelbare Diskriminierung im Sinne der Richtlinie liege nur vor, wenn die mutmaßlich diskriminierende Maßnahme zur Benachteiligung einer bestimmten ethnischen Gruppe führe.[31] Der EuGH bestätigte damit frühere Entscheidungen, die in dieselbe Richtung gehen. So hat der EuGH angenommen, dass die Gewährung eines Stipendiums für Studien- und Forschungsvorhaben im Ausland durch eine private Stiftung eines Mitgliedstaates, die von der Ablegung einer juristischen Prüfung in diesem Mitgliedstaat abhängig gemacht wird, nicht gegen die Antirassismusrichtlinie verstößt.[32]

Es lässt sich also festhalten, dass nach der Rechtsprechung eine mittelbare Diskriminierung nur dann vorliegt, wenn eine *bestimmte* nach dem vermeintlichen Konzept der Rasse oder nach der ethnischen Herkunft gebildete Gruppe benachteiligt wird. Bei diesem Verständnis von mittelbarer Diskriminierung ist es aber schwierig, unter Berufung auf das Diskriminierungsverbot Rechtslagen anzugreifen, die sich nicht spezifisch gegen ethnische Gruppen richten, sondern möglicherweise Strukturen mitbestimmen und erhalten, die zu ethnischen Diskriminierungen führen können. Solche Benachteiligungsweisen, die man als „strukturelle Diskriminierungen" bezeichnen kann, beziehen sich typischerweise eben nicht auf bestimmte Gruppen, sondern stellen auf Kriterien ab, die in der Regel Nicht-Staatsangehörige besonders betreffen bzw. ausschließen, wie die Beispiele aus der Judikatur zeigen. Letzten Endes ist die Schwierigkeit,

---

[29] Art. 2 Abs. 2 lit. b RL 2000/43/EG.

[30] EuGH, Urt. v. 10.6.2021, Rs. C-94/20 – *Land Oberösterreich*.

[31] EuGH, Urt. v. 10.6.2021, Rs. C-94/20 – *Land Oberösterreich*, Rn. 55.

[32] EuGH, Urt. v. 15.11.2018, Rs. C-457/17 – *Maniero*, Rn. 48. Siehe auch EuGH, Urt. v. 16.7.2015, Rs. C-83/14 – *CHEZ RB*, Rn. 100; EuGH, Urt. v. 6.4.2017, Rs. C-668/15 – *Jyske Finans*, Rn. 27.

strukturelle Diskriminierungen durch das Diskriminierungsverbot zu erfassen, Konsequenz dessen individualschützenden Charakters.

Bemerkenswert ist, dass die Richtlinie zusätzlich zu unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierungen als dritte Kategorie „Belästigungen“ bildet, die ebenfalls als Diskriminierung gelten sollen.[33] Belästigungen sind unerwünschte Verhaltensweisen, die im Zusammenhang mit der Rasse oder der ethnischen Herkunft einer Person stehen und bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.[34] Mitgliedstaaten können den Begriff der Belästigungen entsprechend den einzelstaatlichen Gepflogenheiten definieren. Der Diskriminierungsbegriff wird auf diese Weise erweitert.[35] Soweit ersichtlich liegt zu dieser Form der Diskriminierung keine Judikatur des EuGH vor,[36] was ein Indiz dafür sein mag, dass die praktische Relevanz dieser Erweiterung des Diskriminierungsbegriffs eher gering ist.

2. *Begriff der Rasse*

Die genannten primär- und sekundärrechtlichen Quellen enthalten Diskriminierungsverbote wegen der Rasse und wegen der ethnischen Herkunft. Die Rechtsprechung des EuGH zum Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Rasse und ethnischen Herkunft ist eher schmal. Auseinandersetzungen mit der Frage, wann eine Diskriminierung wegen der Rasse vorliegt und wie weit dieser Diskriminierungsgrund zu verstehen ist, sind in der Rechtsprechung nicht zu finden.[37] Der Befund, der für das deutsche Verfassungsrecht getroffen wurde,[38] gilt auch im Unionsrecht.

Umfassende Definitionsarbeiten zu den Begriffen Rasse und ethnische Herkunft sind auch im Schrifttum nur wenig zu finden. Jüngst hat *Liebscher* die Diskussion um den Rassebegriff beim Erlass der Antirassismusrichtlinie aufgearbeitet.[39] Sie zeigt auf, dass in der Entstehungsgeschichte der Richtlinie die unterschiedlichen Begriffstraditionen und Verwendungsweisen im angloamerikanischen und im kontinentaleuropäischen Sprachraum deutlich zu Tage traten. Im Ergebnis einigte man sich trotz der Kritik einiger Mitgliedstaaten auf die Beibehaltung der Formulierung des damaligen Art. 13 EGV (heute Art. 19

---

33 Dazu kritisch *Streinz* (Fn. 12), Art. 19 AEUV Rn. 18.

34 Art. 2 Abs. 3 RL 2000/43/EG.

35 Siehe auch *Michl* (Fn. 11), Art. 19 AEUV Rn. 20.

36 Bericht der Kommission (Fn. 16), S. 4.

37 Vgl. auch Bericht der Kommission (Fn. 16), S. 17; *Doris Liebscher*, Rassialisierte Differenz im antirassistischen Rechtsstaat, AöR 146 (2021), S. 87 (104 ff.).

38 Siehe *Doris Liebscher* in diesem Band.

39 *Liebscher* (Fn. 37), S. 102 ff.

AEUV) „race or ethnic origin". Die Diskussion spiegelt sich im Erwägungsgrund 6 der Richtlinie wider, der klarstellt, dass „Theorien, mit denen versucht wird, die Existenz verschiedener menschlicher Rassen zu belegen," zurückgewiesen werden. Und deutlich: „Die Verwendung des Begriffs ‚Rasse' in dieser Richtlinie impliziert nicht die Akzeptanz solcher Theorien."[40]

Im Schrifttum zu Art. 21 GRC wird zur Erfassung der Begriffe Rasse und ethnische Herkunft häufig auf die völkerrechtlichen Vorbilder des Diskriminierungsverbots[41] und insbesondere auf das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK und die dazu ergangene Rechtsprechung des EGMR verwiesen.[42] Nach Art. 52 Abs. 3 GRC haben jene Grundrechte der Charta, die den durch die EMRK gewährten Rechten entsprechen, die gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sie ihnen in der Konvention verliehen wird. Die Erläuterungen zu Art. 21 GRC weisen aus, dass Art. 21 Abs. 1 GRC entsprechend Art. 14 EMRK anzuwenden ist, soweit er „mit Artikel 14 EMRK zusammenfällt".[43] Was die etwas unklare deutsche Formulierung meint, wird im Vergleich mit der englischen Sprachfassung („corresponds") deutlicher: Gemeint sind eben jene Bereiche, in denen sich die Diskriminierungsverbote der GRC und der EMRK entsprechen, wie es Art. 53 Abs. 3 GRC voraussetzt. Für das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Rasse und ethnischen Herkunft lässt sich für den Diskriminierungstatbestand ein solches „Entsprechen" annehmen. Die zur Frage der Feststellung von solchen Diskriminierungen ergangene Rechtsprechung des EGMR kann also zur Erfassung von Art. 21 Abs. 1 GRC herangezogen werden. Dem steht nicht entgegen, dass es sich bei Art. 14 EMRK um ein akzessorisches Diskriminierungsverbot handelt, das nur dann greift, wenn der einer möglichen Diskriminierung zugrundeliegende Sachverhalt in den Regelungsbereich eines Konventionsrechts fällt.[44] Auch wenn die Akzessorietät keine Voraussetzung für die Anwendung von Art. 21 Abs. 1 GRC ist, kann man für das Vorliegen des Diskriminierungstatbestands zumindest für jene Gründe, die beide Diskrimi-

---

[40] RL 2000/43/EG, Erwägungsgrund 6. Dazu auch *Liebscher* (Fn. 37), S. 103 f.

[41] *Dieter Kugelmann*, Gleichheitsrechte und Gleichheitsgrundsätze, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, 2010, § 160 Rn. 54, 60; *Stefanie Schmahl*, in: Grabenwarter (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht: Europäischer Grundrechteschutz, 2. Aufl. 2022, § 20 Rn. 23. Mit Blick auf das Diskriminierungsverbot nach der EMRK *Anne Peters/Doris König*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 21 Rn. 1 ff.

[42] *Kugelmann* (Fn. 41), § 160 Rn. 47; *Michael Sachs*, in: Stern/ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte-Charta, 2016, Art. 21 GRC Rn. 8 ff.; *Cornelia Köchle*, in: Holoubek/Lienbacher (Hrsg.), GRC-Kommentar, 2. Aufl. 2019, Art. 21 Rn. 16 f.; *Barskanmaz* (Fn. 4), S. 154; *Hans D. Jarass/Martin Kment*, EU-Grundrechte, 2. Aufl. 2019, § 25 Rn. 1.

[43] Erläuterungen zur Charta der Grundrechte (2007/C 303/02), Erläuterung zu Art. 21.

[44] Zur Akzessorietät von Art. 14 EMRK siehe für alle *Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl. 2021, § 26 Rn. 4 f.

nierungsverbote enthalten, von einer Entsprechung im Sinne von Art. 52 Abs. 3 GRC ausgehen.[45]

Die Rechtsprechung des EGMR zum Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Rasse entwickelte sich vor allem in den letzten zwei Jahrzehnten.[46] Auffällig ist, dass sich die große Mehrheit der Fälle, ähnlich wie im EU-Kontext, auf Diskriminierungen von Roma bezieht.[47]

Art. 14 EMRK nennt als verbotene Differenzierungsmerkmale die Rasse und die Hautfarbe, außerdem die nationale Herkunft und die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, nicht aber die ethnische Herkunft. In der Entscheidung *Timishev gegen Russland*, in der es um die Verweigerung des Passierens eines Checkpoints der Russischen Föderation gegenüber dem tschetschenischen Beschwerdeführer ging, fasste der EGMR das Verständnis von „Rasse" im Sinne des Diskriminierungsverbots weit und sah auch die ethnische Herkunft als davon erfasst an.[48] Er wies auf die großen inhaltlichen Überschneidungen der beiden Konzepte hin.[49] Rasse gehe auf die Idee der biologischen Klassifizierung von Menschen aufgrund morphologischer Merkmale zurück, während der Begriff der Ethnizität seinen Ursprung in der Idee gesellschaftlicher Gruppen habe, die sich durch eine gemeinsame Nationalität, Stammeszugehörigkeit, Religion, Sprache oder kulturelle und traditionelle Verbundenheit auszeichneten.[50]

---

[45] Das im Jahr 2005 in Kraft getretene 12. Zusatzprotokoll zur EMRK enthält ein allgemeines, nicht-akzessorisches Diskriminierungsverbot auch aus Gründen der Rasse. Bislang haben erst 20 Mitgliedstaaten das Zusatzprotokoll ratifiziert; Deutschland und Österreich haben unterzeichnet, aber nicht ratifiziert, siehe Council of Europe, Chart of signatures and ratifications of Treaty 177, https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=177, letzter Zugriff: 24.5.2022. Das 12. ZP hat in der Rechtsprechung des EGMR bislang nur eine geringe Rolle gespielt, *Peters/König* (Fn. 41), Kap. 21 Rn. 12, 48; *Jens Meyer-Ladewig/Stefan Harrendorf/Stefan König*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. 2017, Prot. Nr. 12 Art. 1 Rn. 5; *Heiko Sauer*, in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: EMRK, 3. Aufl. 2022, Prot. Nr. 12 Art. 1 Rn. 6.

[46] Siehe auch *Peters/König* (Fn. 41), Kap. 21 Rn. 12; *Barskanmaz* (Fn. 4), S. 346; *Sauer* (Fn. 45), Art. 14 Rn. 12.

[47] Siehe u. a. EGMR, Urt. v. 6.7.2005, Nr. 43577/98 u. a. – *Nachova u. a./Bulgarien*; EGMR, Urt. v. 12.7.2005, Nr. 41138/98 u. a. – *Moldovan u. a./Rumänien (Nr. 2)*; EGMR, Urt. v. 26.7.2007, Nr. 55523/00 – *Angelova und Iliev/Bulgarien*; EGMR (GK), Urt. v. 13.11.2007, Nr. 57325/00 – *D.H. u. a./Tschechien*; EGMR, Urt. v. 5.6.2008, Nr. 32526/05 – *Sampanis/Griechenland*; EGMR, Urt. v. 16.3.2010, Nr. 15766/03 – *Oršuš u. a./Kroatien*; EGMR, Urt. v. 29.1.2013, Nr. 11146/11 – *Horváth und Kiss/Ungarn*.

[48] EGMR, Urt. v. 13.12.2005, Nr. 55762/00 u. a. – *Timishev/Russland*, Rn. 56; EGMR, Urt. v. 22.12.2009, Nr. 27996/06 u. a. – *Sejdic und Finci/Bosnien und Herzegowina*, Rn. 43.

[49] EGMR, Urt. v. 13.12.2005, Nr. 55762/00 u. a. – *Timishev/Russland*, Rn. 55.

[50] EGMR, Urt. v. 13.12.2005, Nr. 55762/00 u. a. – *Timishev/Russland*, Rn. 55. Der EGMR bedient sich in der englischen Sprachfassung des Begriffs der „ethnicity", in der französischen Sprachfassung spricht er von „origine ethnique". Dieser feine begriffliche Unterschied dürfte also in der Rspr. des EGMR keine Rolle spielen. Der EuGH verwendet einheitlich den Begriff der „ethnischen Herkunft" („ethnic origin"/„origine ethnique"), siehe z. B. EuGH, Urt. v. 16.7.2015, Rs. C-83/14 – *CHEZ RB*, Rn. 45 ff.

Dieser Ansatz einer Differenzierung der Konzepte wird allerdings wieder aufgegeben, wenn die Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft als Unterfall einer rassischen Diskriminierung verstanden wird.[51]

Der EGMR erachtet rassische Diskriminierungen als eine besonders verpönte Art der Diskriminierung.[52] Er räumt den Mitgliedstaaten daher für die Rechtfertigung von Differenzierungen aufgrund der Rasse oder Ethnizität nur einen kleinen Ermessensspielraum ein und verlangt in der Regel sehr schwerwiegende Gründe, um eine solche zu rechtfertigen.[53] In seiner Rechtsprechung zur Beweislast in Fällen rassischer Diskriminierung hat sich der EGMR hingegen eher zurückhaltend gezeigt und eine Beweislastumkehr hinsichtlich der rassistischen Motivation staatlicher Akteure, wie sie etwa unionsrechtlich in Art. 8 der Antirassismusrichtlinie vorgesehen ist, verneint.[54] In bestimmten Einzelfallkonstellationen bejaht der EGMR allerdings eine Beweislastumkehr, insbesondere wenn verlässliche und aussagekräftige Statistiken vorgelegt werden können, die eine Diskriminierung im konkreten Fall plausibel erscheinen lassen.[55]

Bei genauerer Betrachtung zeigt sich, dass nicht nur Art. 14 EMRK das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot speist, sondern dass umgekehrt auch Elemente der Unionrechtsordnung in der Rechtsprechung des EGMR zu konventionswidrigen Diskriminierungen rezipiert wurden. So nimmt der EGMR in *D.H. u. a. gegen Tschechien* explizit Bezug auf die Antirassismusrichtlinie und stützt sich auf die darin enthaltene Definition der mittelbaren Diskriminierung.[56]

Zur Begriffsbildung im Rahmen des Art. 21 GRC lassen sich zwei Bemerkungen machen.

---

[51] Vgl. dazu *Liebscher* (Fn. 37), S. 101. Siehe auch *Barskanmaz* (Fn. 4), S. 160 f.; *Jens Meyer-Ladewig/Roman Lehner*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. 2017, Art. 14 Rn. 21; *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 44), § 26 Rn. 12.

[52] „[…] a particularly egregious kind of discrimination" in EGMR, Urt. v. 22.12.2009, Nr. 27996/06 u. a. – *Sejdic und Finci/Bosnien und Herzegowina*, Rn. 43; „[…] a particular affront to human dignity" in EGMR, Urt. v. 6.7.2005, Nr. 43577/98 u. a. – *Nachova u. a./Bulgarien*, Rn. 145.

[53] *Sachs* (Fn. 42), Art. 21 Rn. 20; *Barskanmaz* (Fn. 4), S. 333; *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 44), § 26 Rn. 20; EGMR (GK), Urt. v. 13.11.2007, Nr. 57325/00 – *D.H. u. a./Tschechien*, Rn. 176; EGMR, Urt. v. 22.12.2009, Nr. 27996/06 u. a. – *Sejdic und Finci/Bosnien und Herzegowina*, Rn. 44; Urt. v. 16.3.2010, Nr. 15766/03 – *Oršuš u. a./Kroatien*, Rn. 156.

[54] EGMR, Urt. v. 6.7.2005, Nr. 43577/98 u. a. – *Nachova u. a./Bulgarien*, Rn. 147; *Sauer* (Fn. 45), Art. 14 Rn. 31.

[55] EGMR (GK), Urt. v. 13.11.2007, Nr. 57325/00 – *D.H. u. a./Tschechien*, Rn. 188; EGMR, Urt. v. 26.5.2020, Nr. 17247/13 – *Makuchyan und Minasya/Aserbaidschan und Ungarn*, Rn. 218; *Meyer-Ladewig/Lehner* (Fn. 51), Art. 14 Rn. 24; *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 44), § 26 Rn. 9; *Sauer* (Fn. 45), Art. 14 Rn. 31.

[56] EGMR (GK), Urt. v. 13.11.2007, Nr. 57325/00 – *D.H. u. a./Tschechien*, Rn. 82, 184; siehe *Barskanmaz* (Fn. 4), S. 156.

Erstens kann man feststellen, dass die Sprachfassungen von Art. 21 Abs. 1 GRC hinsichtlich der Formulierung der verpönten Merkmale „Rasse und ethnische Herkunft“ ein wenig voneinander abweichen. Während in der deutschen wie in der französischen und in der italienischen Fassung das Substantiv „Rasse“ (race, razza) verwendet wird und als zweites Merkmal die „ethnische Herkunft“ (l’origine ethnique, l’origine etnica) genannt wird, enthalten die englische und die spanische Fassung jeweils ein Substantiv Herkunft (origin, origen) mit zwei Adjektiven rassisch und ethnisch (racial or ethnic, racial o étnico). Die beiden letztgenannten Sprachfassungen machen den inneren Zusammenhang zwischen der rassischen oder ethnischen Herkunft deutlich und betonen dadurch die Herkunft als das für die Diskriminierung prägende Merkmal. Das wird bekräftigt, wenn im Diskriminierungsverbot der Charta ergänzend zu Rasse und Ethnie noch die Hautfarbe im gleichen Kontext genannt wird. In der „klassisch-pragmatischen“ Anwendung des Unionsrechts stellt sich die Frage, ob es eine trennscharfe Abgrenzung zwischen rassischer oder ethnischer Herkunft überhaupt braucht oder ob nicht die typischen Anwendungsfälle jedenfalls eines der beiden verpönten Differenzierungsmerkmale erfüllen. Die Zusammenfassung beider Diskriminierungsfälle in einer Richtlinie, aber auch in Unionspolitiken spricht ebenfalls für eine „nahe Nachbarschaft“ beider Merkmale.

Zweitens ist anzumerken, dass auch im europarechtlichen Diskurs die Frage, ob die Verwendung des Begriffs Rasse in Bestimmungen, die Diskriminierungsverbote enthalten, überhaupt zu vertreten ist, gestellt wird, was insbesondere an der Diskussion bei der Entstehung der Antirassismusrichtlinie deutlich wird. Das Diskriminierungsmerkmal „Rasse“ soll demnach nicht als ein tatsächliches Merkmal verstanden werden, sondern gerade zum Ausdruck bringen, dass Diskriminierungen unter Anwendung von rassistischen Theorien verboten sind. Wenn also in der Kommentarliteratur zum Teil verkürzend davon gesprochen wird, dass „Rasse […] sich auf eine Gruppe von Menschen mit bestimmten vererbbaren Merkmalen [bezieht]“[57] oder dass „Differenzierungen nach ‚Rasse‘ […] auf die Zugehörigkeit zu einer Gruppe von Menschen ab[stellen], die bestimmte physische, vererbbare Merkmale aufweisen“[58], muss man jedenfalls das Wort „vorgeblich“ einfügen: es geht um die vorgebliche biologisch-genetisch bedingte Zugehörigkeit eines Menschen zu einer Gruppe.[59]

Mit der auch in den Erwägungsgründen dokumentierten Ablehnung von Theorien, die die Existenz verschiedener menschlicher Rassen zu begründen

---

[57] *Svenja Lemke*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 21 GRC Rn. 10.

[58] *Köchle* (Fn. 42), Art. 21 Rn. 61.

[59] *Ralph Göbel-Zimmermann/Lisa Marquardt*, Diskriminierung aus Gründen der „Rasse“ und wegen der ethnischen Herkunft im Spiegel der Rechtsprechung zum AGG, ZAR 2012, S. 369 (370).

versuchen, ist aber noch nicht geklärt, was unter dem rechtlichen Begriff der Rasse zu verstehen ist.[60] Erfasst werden durch das Merkmal „Rasse“ Differenzierungen zwischen Menschen aufgrund von erblich bedingten unterschiedlichen physischen Merkmalsausprägungen (insbesondere die Hautfarbe); erfasst werden aber auch Differenzierungen zwischen Menschen, denen wegen eines verfehlten Verständnisses von Rasse („Rassismus“) bestimmte Merkmale zu- oder abgesprochen werden.[61] Letztlich sollen tradierte Zuschreibungen zu bestimmten Personengruppen, die zu einer Herabsetzung und Stigmatisierung der Gruppen und ihrer Angehörigen führen, als Diskriminierung untersagt werden.[62]

Mit dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Rasse ist eine Absage an „Rassismus“ verbunden, eine Absage an die Unterscheidung von Menschen nach Rassen.[63] Dass der Kampf gegen den Rassismus zentrales Anliegen der Union ist, zeigt sich in systematischer Zusammenschau auch an Art. 67 AEUV. In dieser grundlegenden Bestimmung im Abschnitt über den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist ein Element zur Gewährleistung eines hohen Maßes an Sicherheit das Hinwirken der Union auf die Verhütung und Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit.

3. Begriff der ethnischen Herkunft

Der Differenzierungsgrund der „ethnischen Herkunft“ ist einerseits von dem der „Rasse“, andererseits von dem der Staatsangehörigkeit abzugrenzen. Die zweite Abgrenzung ist relevanter, weil insofern besondere Gewährleistungen gelten (vgl. insbesondere Art. 18 AEUV). Sie ist wegen des Anknüpfungspunkts an den rechtlichen Status der Staatsangehörigkeit aber auch einfacher.[64] Nach der Rechtsprechung des EuGH beruht der Differenzierungsgrund der „ethnischen Herkunft“ auf dem Gedanken, dass die durch ihn verbundenen gesellschaftlichen Gruppen insbesondere durch eine Gemeinsamkeit der Staatsangehörigkeit, Religion, Sprache, kulturelle und traditionelle Herkunft und Lebensumgebung gekennzeichnet sind.[65] In der entsprechenden Entscheidung in Sachen des bulgarischen Energielieferanten CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD wurde nicht diskutiert, ob eine Diskriminierung der Roma tatsächlich eine solche der ethnischen Herkunft war; das wurde nicht bestritten. Zu klären war, ob

---

[60] *Liebscher* (Fn. 37), S. 107.

[61] *Grabenwarter/Struth* (Fn. 7), Art. 19 AEUV Rn. 44.

[62] *Liebscher* (Fn. 37), S. 105 f.

[63] *Michl* (Fn. 11), Art. 19 AEUV Rn. 24; *Grabenwarter/Struth* (Fn. 7), Art. 19 AEUV Rn. 44.

[64] Siehe auch *Grabenwarter/Struth* (Fn. 7), Art. 19 AEUV Rn. 25.

[65] EuGH, Urt. v. 16.7.2015, Rs. C-83/14 – *CHEZ RB*, Rn. 46; dazu auch *Holoubek* (Fn. 9), Art. 19 AEUV Rn. 15; *von der Decken* (Fn. 6), § 49 Rn. 52; *Jarass* (Fn. 7), Art. 21 Rn. 20.

auch eine Frau, die nicht der Gruppe der Roma angehörte, von der in Frage stehenden Praxis (Anbringen von Stromzählern in 6 m Höhe) jedoch betroffen war, weil sie ihr Geschäft in einem überwiegend von Roma bewohnten Gebiet hatte, von der Antirassismusrichtlinie erfasst war. Das bejahte der Gerichtshof. Eine Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft kann also auch eine Person betreffen, die das verpönte Differenzierungsmerkmal selbst gar nicht aufweist, sondern durch die in Frage stehende Handlung lediglich „mitdiskriminiert“ wird.[66]

Durch die normative Unterscheidung zwischen ethnischer Herkunft und Staatsangehörigkeit, die insbesondere in den unterschiedlichen Kompetenzgrundlagen der Art. 18 und 19 AEUV deutlich wird, zeigt sich, dass es bei der ethnischen Herkunft um die Zugehörigkeit zu Gruppen geht, die sich in der Fremdwahrnehmung (ggf. auch Eigenwahrnehmung) durch die genannten Faktoren (oder zumindest einen Teil davon) von anderen unterscheiden. Das werden typischerweise Minderheitsgruppen in einem bestimmten Staat oder in einer Region sein, die durch Kriterien wie Religion, Sprache, Herkunft, Hautfarbe, aber auch Staatsangehörigkeit gekennzeichnet sind.[67] Eine ungleiche Behandlung einer Person allein wegen des Geburtsorts hat der EuGH als nicht ausreichend für die Annahme einer Diskriminierung aus Gründen der ethnischen Herkunft angesehen.[68]

V. Das Zusammenwirken der Rechtsgrundlagen

Der Schutz vor Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft steht im Primärrecht der Union auf drei Füßen und ist so recht stabil. Zum einen ergibt die Bestandsaufnahme ein klassisches Grundrecht, das in der Dimension als Abwehrrecht dem Handeln der Union und der Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich des Unionsrechts Grenzen setzt: jede Form der (unmittelbaren oder mittelbaren) Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder ethnischen Herkunft ist verboten. Das Grundrecht verpflichtet unmittelbar nur den Staat bzw. die Union und die jeweiligen Organe und Einrichtungen. Gegenüber Privaten entwickelt das Grundrecht nur mittelbare Wirkung, vermittelt vor allem durch die Rechtsetzung und die Rechtsanwendung.[69]

---

[66] EuGH, Urt. v. 16.7.2015, Rs. C-83/14 – *CHEZ RB*; dazu auch *Köchle* (Fn. 42), Art. 21 Rn. 84.

[67] So auch Bericht der Kommission (Fn. 16), S. 17; *Grabenwarter/Struth* (Fn. 7), Art. 19 AEUV Rn. 44.

[68] EuGH, Urt. v. 6.4.2017, Rs. C-668/15 – *Jyske Finans*, Rn. 18, 25.

[69] Zustimmend und kritisch hinsichtlich der abweichenden Rspr. des EuGH *Hölscheidt* (Fn. 12), Art. 21 Rn. 34 und *Mohr* (Fn. 14), Art. 21 GRC Rn. 119; mit dem Hinweis, dass auch Art. 52 Abs. 3 GRC keine unmittelbare Drittwirkung begründet, da sich aus Art. 14 EMRK eine solche nicht ableiten lässt, *Sachs* (Fn. 42), Art. 21 Rn. 14.

Die zur Konkretisierung des Diskriminierungsverbots erlassene Antirassismusrichtlinie enthält zum einen detailliertere Definitionen des Diskriminierungsbegriffs und kann damit die effektive Anwendung des Diskriminierungsverbots erhöhen. Zum anderen erstreckt die Richtlinie das Diskriminierungsverbot auch auf Private und Privatrechtsverhältnisse.[70] Damit wird die Reichweite des Diskriminierungsverbots um eine Dimension erweitert: Private unterliegen durch die Richtlinienumsetzung nunmehr direkt dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder ethnischen Herkunft. Das gilt entsprechend der Bestimmung des Geltungsbereichs der Richtlinie (Art. 3 Antirassismusrichtlinie) in weiten Teilen des Lebens, deutlich über den Arbeitsmarkt hinaus.[71] Insofern geht der Diskriminierungsschutz der Richtlinie über das Grundrecht hinaus.

Grundrechtsdogmatisch sollte weiterhin zwischen Grundrecht und Richtlinie differenziert und eine Aufladung des Grundrechts durch die Inhalte der Richtlinie vermieden werden.[72] Unmittelbar gilt das Grundrecht für Private nicht.[73] Der EuGH hat speziell zur Diskriminierung aus Gründen der Rasse und ethnischen Herkunft eine unmittelbare Anwendung noch nicht ausgesprochen. Der von der Kommission vorgelegte Evaluierungsbericht zur Antirassismusrichtlinie spricht Art. 21 GRC allerdings ohne weiteres „horizontale Wirkung" zu.[74]

Art. 19 AEUV bildet die Ermächtigung zum Tätigwerden der Union im Bereich der Antidiskriminierungspolitik, hier zur Bekämpfung von Diskriminierungen aus Gründen der Rasse oder ethnischen Herkunft. Diese Bestimmung ist als ein politischer Auftrag zu verstehen, konkrete Handlungspflichten können daraus aber nicht abgeleitet werden. Diese können sich allenfalls aus Schutz- und Gewährleistungspflichten, die aus dem Grundrecht resultieren, ergeben. Die Kompetenznorm dient dann auch der Umsetzung von sich aus Art. 21 GRC ergebenden grundrechtlichen Schutzpflichten der Union.[75] In welchem Umfang aber Handlungspflichten aus dem grundrechtlichen Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Rasse abgeleitet werden können, ist auch im Kontext des Uni-

---

[70] Dazu kritisch *Khan/Heinrich* (Fn. 8), Art. 19 AEUV Rn. 16; *Streinz* (Fn. 12), Art. 19 AEUV Rn. 26.

[71] Siehe auch *Streinz* (Fn. 12), Art. 19 AEUV Rn. 24; *Holoubek* (Fn. 9), Art. 19 AEUV Rn. 25.

[72] Siehe ebenso *Rossi* (Fn. 5), Art. 21 GRC Rn. 11; *Köchle* (Fn. 42), Art. 21 Rn. 14.

[73] *Michl* (Fn. 11), Art. 21 GRC Rn. 13; *Mohr* (Fn. 14), Art. 21 GRC Rn. 119; *Sachs* (Fn. 42), Art. 21 Rn. 14; *Köchle* (Fn. 42), Art. 21 Rn. 92; *Rossi* (Fn. 5), Art. 21 GRC Rn. 5; mit dem Hinweis, dass eine unmittelbare Anwendung dann möglich ist, wenn ein Mitgliedstaat die Antirassismusrichtlinie nicht umsetzt und damit gegen Unionsrecht verstößt *Schmahl* (Fn. 41), § 20 Rn. 26, 29; für eine unmittelbare Grundrechtsbindung *Jarass* (Fn. 7), Art. 21 Rn. 4.

[74] Bericht der Kommission (Fn. 16), S. 18.

[75] *Kugelmann* (Fn. 41), § 160 Rn. 45; *Jarass* (Fn. 7), Art. 21 Rn. 18; *Grabenwarter/Struth* (Fn. 7), Art. 19 AEUV Rn. 26; zur besonders starken Ausprägung von Schutzpflichten in Fällen von Diskriminierung aufgrund der Rasse *Jarass/Kment* (Fn. 42), § 25 Rn. 27.

onsrechts noch nicht wirklich geklärt.[76] Die Notwendigkeit fehlt aber auch, solange die Richtlinie in weiten Bereichen und auch gegen Private gerichtet die Mitgliedstaaten zur Umsetzung von Diskriminierungsschutz verpflichtet.

VI. Unionspolitik zur Umsetzung des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Rasse

Die soeben formulierte Zurückhaltung bei der Begründung von rechtlichen Handlungspflichten spricht nicht dagegen, rechtspolitisch Maßnahmen zur Bekämpfung von Rassismus und auch strukturellem Rassismus einzufordern. In diesem Zusammenhang werden an dieser Stelle ohne den Anspruch auf Vollständigkeit ein paar Schlaglichter auf die entsprechende Politik der Union geworfen.

Erwähnenswert ist zunächst der Rahmenbeschluss vom 28. November 2008 zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit,[77] der unter anderem auf Art. 29 EGV als Vorläufer von Art. 67 AEUV gestützt wurde. Er verpflichtet die Mitgliedstaaten zur strafrechtlichen Bekämpfung besonders schwerer Formen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, insbesondere der öffentlichen Aufstachelung zu Gewalt oder Hass gegen eine nach den Kriterien der Rasse, Hautfarbe, Religion, Abstammung[78] oder nationalen oder ethnischen Herkunft definierten Gruppe von Personen.[79] Dieser Rahmenbeschluss wird durch Bestimmungen der Richtlinie über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten aus dem Jahr 2012 ergänzt, die unter anderem den Schutz von Opfern von Hassverbrechen und Hassrede bezweckt.[80] Man könnte insofern von einer „Minimalharmonisierung" im Bereich des Strafrechts sprechen.[81]

---

[76] *Rossi* (Fn. 5), Art. 21 GRC Rn. 11; aus Art. 21 GRC abgeleitete Schutzpflichten verneinend *Hölscheidt* (Fn. 12), Art. 21 Rn. 56; *Sachs* (Fn. 42), Art. 21 Rn. 17; *Köchle* (Fn. 42), Art. 21 Rn. 90.

[77] Rahmenbeschluss 2008/913/JI des Rates v. 28.11.2008 zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit.

[78] „Abstammung" erfasst nach Erwägungsgrund 7 des Rahmenbeschlusses Personen, welche von bestimmten Personen abstammen, die anhand bestimmter Merkmale (z. B. Rasse oder Hautfarbe) identifiziert werden können, wobei nicht alle diese Merkmale unbedingt weiterbestehen.

[79] Eine vollständige Harmonisierung der strafrechtlichen Vorschriften wird nach Erwägungsgrund 6 des Rahmenbeschlusses aufgrund der zum Teil sehr unterschiedlichen kulturellen und rechtlichen Traditionen der Mitgliedstaaten insbesondere auf dem Gebiet der Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit als nicht möglich erachtet.

[80] Richtlinie 2012/29/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.10.2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI. Vgl. auch Fn. 22, in: A Union of equality: EU anti-racism action plan 2020–2025, COM (2020) 565 final, 18.9.2020.

[81] Vgl. *Holoubek* (Fn. 9), Art. 19 AEUV Rn. 23.

Eine Übersicht über die geplante Unionspolitik der nächsten Jahre gibt der EU Antirassismus-Aktionsplan für die Jahre 2020 bis 2025, den die Kommission am 18. September 2020 vorgelegt hat.[82] Ausgangspunkt des Aktionsplans ist, dass es in der Union zwar rechtlich ein Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder ethnischen Herkunft gibt, Rassismus und Diskriminierung aus rassischen Gründen tatsächlich aber immer noch verbreitet sind. Als besonders häufige Diskriminierungsformen werden „anti-black" und „anti-Asian" Rassismus, Antisemitismus, Antiziganismus und gegen Muslime gerichteter Hass benannt.[83] Dass diese Gruppen in der EU besonders von Rassismus betroffen sind, wird auch durch entsprechende Studien der Grundrechteagentur bestätigt, die sich über die letzten Jahre hinweg insbesondere auf Diskriminierung wegen der Hautfarbe, auf Roma und auf Antisemitismus beziehen.[84] Der Antirassismus-Plan anerkennt strukturellen Rassismus als besondere Herausforderung und versteht ihn als „Rassismus, der in gesellschaftliche, wirtschaftliche und politische Institutionen eingebettet ist und auf die Schaltstellen der Macht und auf die Gestaltung der Politik Einfluss hat".[85]

Zur Bekämpfung von Rassismus schlägt der Aktionsplan Maßnahmen im Bereich der Rechtsetzung und deren Umsetzung und darüber hinaus vor. Insbesondere wird die Evaluierung der Antirassismusrichtlinie im Jahr 2021 angekündigt,[86] im Jahr 2022 soll diese novelliert werden.[87] Die umfassende Umsetzung des oben genannten Rahmenbeschlusses soll sichergestellt werden.

[82] A Union of equality: EU anti-racism action plan 2020–2025, COM (2020) 565 final, 18.9.2020.

[83] A Union of equality: EU anti-racism action plan 2020–2025, COM (2020) 565 final, 18.9.2020, S. 2.

[84] Second European Union Minorities and Discrimination Survey: Roma – Selected findings, European Union Agency for Fundamental Rights, 28.11.2016, https://fra.europa.eu/en/publication/2016/second-european-union-minorities-and-discrimination-survey-roma-selected-findings, letzter Zugriff: 24.5.2022; Second European Union Minorities and Discrimination Survey: Muslims – Selected findings, European Union Agency for Fundamental Rights, 20.9.2017, https://fra.europa.eu/en/publication/2017/second-european-union-minorities-and-discrimination-survey-muslims-selected, letzter Zugriff: 24.5.2022; Second European Union Minorities and Discrimination Survey: Main results, European Union Agency for Fundamental Rights, 6.12.2017, https://fra.europa.eu/en/publication/2017/second-european-union-minorities-and-discrimination-survey-main-results, letzter Zugriff: 24.5.2022; Second European Union Minorities and Discrimination Survey: Being Black in the EU, European Union Agency for Fundamental Rights, 28.11.2018, https://fra.europa.eu/en/publication/2018/being-black-eu, letzter Zugriff: 24.5.2022; Experiences and perceptions of antisemitism: Second survey on discrimination and hate crime against Jews in the EU, European Union Agency for Fundamental Rights, 10.3.2019, https://fra.europa.eu/en/publication/2019/experiences-and-perceptions-antisemitism-second-survey-discrimination-and-hate, letzter Zugriff: 24.5.2022.

[85] A Union of equality: EU anti-racism action plan 2020–2025, COM (2020) 565 final, 18.9.2020, S. 2.

[86] Realisiert im Bericht der Kommission (Fn. 16).

[87] Mit Stand vom 15.2.2022 liegt noch kein Entwurf vor.

Darüber hinaus wird ein Bündel an mehr oder weniger konkreten Maßnahmen zur Bekämpfung rassistischer und ethnischer Stereotype vorgeschlagen, wobei als Referenzgebiete die großen Bereiche Arbeitsmarkt, Bildung und Ausbildung, Gesundheit, soziale Absicherung und Wohnen genannt werden. Speziell geht es auch um die Einbindung der Zielsetzung in die Rechtsetzung der EU zu Künstlicher Intelligenz, um rassistische Beeinflussung bei der Anwendung von Künstlicher Intelligenz zu vermeiden. Zur Bekämpfung des strukturellen Rassismus werden Aktionspläne auf verschiedenen Ebenen angedacht, die zur Bewusstseinsbildung, zur historischen Bildung überhaupt sowie Mainstreaming beitragen sollen. Als recht konkreten Punkt kann in diesem Zusammenhang das Bemühen um konsistente Datensammlung, auch aufgeschlüsselt nach Daten zu Diskriminierungen aus Gründen der Rasse oder ethnischen Herkunft, genannt werden.[88] Deutlich wird in dem Plan, dass die rechtlichen Instrumentarien wohl nicht grundlegend novelliert werden sollen, das heißt aber auch, dass sie als solche genügen. Die festgestellten Probleme des strukturellen Rassismus sollen nicht durch neue rechtliche, sondern durch politische Maßnahmen angegangen werden.

Innerhalb der EU ist es die Gruppe der Roma, die besonders von Diskriminierung aus Gründen der Rasse bzw. ethnischen Herkunft betroffen ist, und zwar vor allem in den Bereichen Bildung, Zugang zum Arbeitsmarkt und Wohnen. Das wurde in etlichen Studien der Grundrechteagentur bestätigt.[89] Gleichzeitig wird im Evaluierungsbericht zur Antirassismusrichtlinie festgestellt, dass die Kenntnis der eigenen Rechte bei der Gruppe der Roma besonders schwach ausgeprägt ist.[90] Die Kommission hat nach Abschluss und Evaluierung des EU Rahmens für nationale Roma-Integrations-Strategien bis 2020 nunmehr für die Jahre 2020–2030 ein „Roma strategic framework for equality, inclusion and participation“ vorgelegt.[91] In Gestalt einer Drei-Säulen-Struktur wird die sozioökonomische Inklusion der Roma mit der Verbesserung der Gleichstellung und der Förderung von Teilhabe ergänzt. Hinzu kommt eine Empfehlung des Rates zur Gleichstellung, Inklusion und Teilhabe der Roma, die insbesondere Empfehlungen zur Bekämpfung von Antiziganismus enthält.[92]

---

88 A Union of equality: EU anti-racism action plan 2020–2025, COM (2020) 565 final, 18.9.2020, S. 7 ff.

89 Z.B. Second European Union Minorities and Discrimination Survey: Roma – Selected findings, European Union Agency for Fundamental Rights, 28.11.2016, https://fra.europa.eu/en/publication/2016/second-european-union-minorities-and-discrimination-survey-roma-selected-findings, letzter Zugriff: 24.5.2022.

90 Bericht der Kommission (Fn. 16), S. 20.

91 A Union of equality: EU Roma strategic framework for equality, inclusion and participation for 2020-2030, COM (2020) 620 final, 7.10.2020.

92 Empfehlung des Rates zur Gleichstellung, Inklusion und Teilhabe der Roma v. 12.3.2021, 2021/C 93/01.

VII. Resümee

Im Lichte der eingangs formulierten doppelten Leitfrage lässt sich zusammenfassen:

(1) Die Union arbeitet in vielen Sprachen, Arbeitssprache ist oft Englisch und Französisch. Der Zugang zu Begriffen ist daher ein anderer als auf nationaler Ebene. Die Verwendung des Begriffs „race" im englischen Sprachgebrauch und des dazugehörenden Adjektivs „racial" ist weniger belastet und selbstverständlicher als die Begriffe „Rasse" und „rassisch" im deutschen Diskurs. Dennoch spiegeln sich Begriffsdiskussionen, die aus der deutschsprachigen Literatur bekannt sind und in dem Vorschlag zur Streichung des Worts „Rasse" aus dem Grundgesetz kulminierten,[93] auch auf EU-Ebene wider.[94] Im eben genannten EU Anti-Rassismus-Aktionsplan 2020–2025 formuliert die Kommission: „There are different forms of racism, for example anti-black racism, antigypsyism, antisemitism and anti-Asian racism, that link to religion or belief in cases such as anti-Muslim hatred."[95] Antisemitismus wird unproblematisch als eine Form des Rassismus angesehen, der Begriff Islamophobie wird vermieden, aber ein „-ism" Begriff für die Abwertung der Muslime fehlt.
Generalanwalt *Nils Wahl* hat die begrifflichen Verschiebungen, die allesamt vor der Notwendigkeit stattfinden, rassistische Diskriminierung zu benennen und zu bekämpfen, in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *Jyske Finans* beschrieben:

> „Um Rassismus verhindern und bekämpfen zu können, muss zunächst der Begriff der Rasse selbst definiert werden. Dies ist in modernen Gesellschaften jedoch zunehmend inakzeptabel geworden. Dementsprechend ist das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse im Lauf der Zeit vielleicht gegenüber der weniger offensichtlichen und greifbaren Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft in den Hintergrund gerückt, bei der es sich […] um eine Form der Diskriminierung aufgrund der Rasse handelt."[96]

(2) Der Aktionsplan der Kommission zeigt, dass die rechtlichen Instrumente zur Bekämpfung von Diskriminierungen aus Gründen der Rasse vorhanden sind und allenfalls Nachschärfungen notwendig sind. Zur effektiven Bekämpfung von Rassismus und insbesondere auch von sogenanntem strukturellen Rassismus werden andere, nicht rechtliche Maßnahmen vorgeschla-

---

[93] *Hannes Ludyga*, Rasse als Rechtsbegriff?, NJW 2021, S. 911 (914); *Isabelle Kutting/Naziar Amin*, Mit „Rasse" gegen Rassismus?, DÖV 2020, S. 612 (617); *Liebscher* (Fn. 37), S. 126; die Streichung des Rassebegriffs ablehnend *Uwe Kischel*, Rasse, Rassismus und Grundgesetz, AöR 145 (2020), S. 227 (261).

[94] *Liebscher* (Fn. 37), S. 94 ff.

[95] A Union of equality: EU anti-racism action plan 2020–2025, COM (2020) 565 final, 18.9.2020, S. 2.

[96] EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts v. 1.12.2016, Rs. C-668/15 – *Jyske Finans*, Rn. 31.

gen. Diese Beobachtung deckt sich in gewisser Weise mit dem Befund, dass die Erfassung von Formen struktureller Diskriminierung mit individualschützenden Grundrechten dogmatisch schwierig ist.

Das Verbot rassistischer Diskriminierung im Völkerrecht und seine Bedeutung für das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot*

Mehrdad Payandeh

I. Einleitung: Völkerrecht und Rassismus – eine ambivalente Beziehung

Das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Rassismus ist zutiefst ambivalent. Auf der einen Seite ist die klassische Völkerrechtsordnung von rassistischen Denkmustern durchzogen und trug zur Aufrechterhaltung rassistischer Praktiken bei.[1] Der Kolonialismus wurde nicht nur völkerrechtlich geduldet, sondern prägte die Strukturen einer Völkerrechtsordnung, die ihrerseits die Rahmenbedingungen für koloniale Unterdrückung bereitstellte.[2] Sklaverei wurde lange Zeit geduldet, und völkerrechtliche Regelungen zur Abschaffung des Sklavenhandels und der Sklaverei entwickelten sich nur langsam.[3] Die Nachwirkungen des Kolonialismus sind bis heute in die Tiefenstruktur des Völkerrechts eingeschrieben.[4] Auch im 21. Jahrhundert existieren noch Hoheitsgebiete ohne Selbstregierung (*non-self-governing territories*),[5] Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut zählt allgemeine Rechtsgrundsätze nur dann zu den völkerrechtlichen Rechtsquellen, wenn sie von den „Kulturvölkern" anerkannt sind,[6] und auch im Übrigen ist die Dekolonisierung des Völkerrechts und der Völkerrechtswissenschaft

---

* Für wertvolle Anregungen und weiterführende Diskussionen danke ich Daniel-Thabani Ncube.

1 Siehe *Daniel-Erasmus Khan/Lando Kirchmair*, „All's Well That Ends Well?" Zum Verbot der Rassendiskriminierung im Völkerrecht, in: FS Walter Demel, 2018, S. 337 (340 ff.); *Martti Koskenniemi*, Race, Hierarchy and International Law: Lorimer's Legal Science, EJIL 27 (2016), S. 415; *ders.*, The Gentle Civilizer of Nations, 2001, S. 70 f., 98 ff.

2 *Matthew Craven*, Colonialism and Domination, in: Fassbender/Peters (Hrsg.), The Oxford Handbook of the History of International Law, 2012, S. 862 ff.

3 *Anna Spain Bradley*, Human Rights Racism, Harvard Human Rights Journal 32 (2019), S. 1 (9 ff.); *Seymour Drescher/Paul Finkelman*, Slavery, in: Fassbender/Peters (Hrsg.), The Oxford Handbook of the History of International Law, 2012, S. 890 (892 ff.).

4 *Anthony Anghie*, Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law, 2004, S. 196 ff.

5 *Rahmatullah Khan*, Decolonization, in: Peters (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2011, Rn. 1.

6 *Khan/Kirchmair* (Fn. 1), S. 341; ausführlich *Ntina Tzouvala*, Capitalism As Civilization, 2020.

noch bei weitem nicht abgeschlossen.[7] Auch in Praxis und Diskurs der Menschenrechte werden, vor allem von Vertreterinnen und Vertretern aus dem Globalen Süden, neo-koloniale Strukturen ausgemacht.[8]

Auf der anderen Seite kommt dem Verbot rassistischer Diskriminierung ein zentraler Stellenwert in der Völkerrechtsordnung der Nachkriegszeit zu.[9] Schon die Charta der Vereinten Nationen, die sich ansonsten eher bedeckt zur Frage der Menschenrechte verhält, bekennt sich zur Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten für alle ohne Unterschied der „Rasse".[10] Eine vergleichbare Regelung enthält die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte.[11] Und noch vor der Entstehung der beiden UN-Menschenrechtspakte sowie der weiteren speziellen Menschenrechtsabkommen widmete sich das erste im Rahmen der Vereinten Nationen ausgehandelte und unterzeichnete universelle Menschenrechtsübereinkommen der Bekämpfung rassistischer Diskriminierung: das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form rassistischer Diskriminierung (ICERD), das von der Menschenrechtskommission der Vereinten Nationen ausgearbeitet wurde, 1965 von der Generalversammlung angenommen wurde und 1969 in Kraft trat.[12] Ein Verbot rassistischer Diskriminierung findet sich zudem in zahlreichen weiteren universellen Verträgen zum Schutz der Menschenrechte[13] ebenso wie in regionalen Menschenrechtsregimen von der Amerikanischen Menschenrechtskonvention[14] über die Afrikanische Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker (Banjul-Charta)[15] bis zur Europäischen Menschenrechtskonvention.[16]

---

[7] *Sundhya Pahuja*, Decolonising International Law, 2011.

[8] Exemplarisch *Makau Mutua*, Savages, Victims and Saviors: The Metaphor of Human Rights, Harvard International Law Journal 42 (2001), S. 201; *Upendra Baxi*, The Future of Human Rights, 3. Aufl. 2008; *Bhupinder S. Chimni*, International Institutions Today: An Imperial Global State in the Making, EJIL 15 (2004), S. 1 (11 f.); *Antony Anghie*, The Evolution of International Law: colonial and postcolonial realities, Third World Quarterly 27 (2006), S. 739 (749).

[9] Siehe die Übersicht bei *Bradley* (Fn. 3), S. 17 ff.

[10] Art. 1 Ziff. 3, Art. 13 Abs. 1 lit. b, Art. 55 lit. c, Art. 76 lit. c UN-Charta; zur Bedeutung der Anerkennung der Menschenrechte in der UN-Charta *Thomas Buergenthal/Daniel Thürer*, Menschenrechte, 2010, S. 26 ff.

[11] Art. 2 AEMR, siehe auch Art. 16 Abs. 1 und Art. 26 Abs. 2 AEMR.

[12] Zu den Hintergründen *Steven L. B. Jensen*, The Making of International Human Rights, 2016, S. 102 ff.

[13] Siehe Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1, Art. 24 Abs. 1 und Art. 26 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte sowie Art. 2 Abs. 2 des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte; Art. 2 Abs. 1 Kinderrechtskonvention; Präambel lit. p Übereinkommen über Rechte von Menschen mit Behinderung; Art. 1 Abs. 1 und Art. 7 Internationale Konvention zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen.

[14] Art. 1 Abs. 1 AMRK, siehe auch Art. 13 Abs. 5, Art. 22 Abs. 8, Art. 27 Abs. 1 AMRK.

[15] Präambel, Art. 2 der Banjul-Charta.

[16] Art. 14 EMRK, Art. 1 Abs. 1 Protokoll Nr. 12 zur EMRK.

Im Folgenden werde ich mich auf das ICERD konzentrieren. Das Übereinkommen kann mit 182 Vertragsparteien nahezu universelle Geltung beanspruchen und stellt das zentrale rechtliche Instrument zur Bekämpfung rassistischer Diskriminierung im Gefüge der Vereinten Nationen dar.[17] Mit dem UN-Ausschuss zur Beseitigung rassistischer Diskriminierung (CERD) weist es ein mit unabhängigen Expertinnen und Experten besetztes Vertragsgremium auf, das über die Einhaltung der Konvention wacht und zum Verständnis der vertraglichen Verpflichtungen beiträgt. Dabei erweist sich das nunmehr über 50 Jahre alte Übereinkommen als aufschluss- und ertragreich für aktuell in Deutschland diskutierte Fragen: zum einen mit Blick auf das Verständnis der Diskriminierungskategorien, also die Frage, welche Personen und Personengruppen dem Schutzbereich des Verbots rassistischer Diskriminierung unterfallen (II.); zum anderen mit Blick auf die Frage, welche Diskriminierungsformen vom Verbot erfasst werden und welche Bedeutung strukturellen Erscheinungsformen von Diskriminierung und Rassismus insofern zukommt (III.). Abschließend kann die Frage in den Blick genommen werden, welche Bedeutung diese völkerrechtlichen Vorgaben für die deutsche Rechtsordnung und insbesondere das Verständnis des Verbots rassistischer Diskriminierung nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG haben (IV.).

---

[17] Dabei sind das Übereinkommen und der Ausschuss eng in das weitere institutionelle Gefüge der Vereinten Nationen eingebunden, und Rassismus und rassistische Diskriminierung werden auch von anderen UN Treaty Bodies sowie vom UN-Menschenrechtsrat thematisiert. Thematische Überschneidungen gibt es zudem mit zahlreichen UN Special Procedures, die dem Menschenrechtsrat zugewiesen sind und eine weitere bedeutende Säule in der internationalen Architektur des Menschenrechtsschutzes bilden: Besondere Bedeutung erlangen insofern vor allem die Working Group of Experts on People of African Descent (UN Commission on Human Rights, Resolution 2002/68 v. 25.4.2002, UN Doc. E/CN.4/RES/2002/68; Mandat zuletzt verlängert durch UN Human Rights Council, Resolution 45/24 v. 6.10.2020, UN Doc. A/HRC/RES/45/24), der Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples (UN Commission on Human Rights, Resolution 2001/57 v. 24.4.2001, UN Doc. E/CN.4/RES/2001/57; Mandat zuletzt verlängert durch UN Human Rights Council, Resolution 42/20 v. 8.10.2019, UN Doc. A/HRC/RES/42/20), der Special Rapporteur on minority issues (UN Commission on Human Rights, Resolution 2005/79 v. 21.4.2005, UN Doc. E/CN.4/RES/2005/79; Mandat zuletzt verlängert durch UN Human Rights Council, Resolution 43/8 v. 1.7.2020, UN Doc. A/HRC/RES/43/8) sowie insbesondere der Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance (UN Commission on Human Rights, Resolution 1993/20 v. 2.3.1993, UN Doc. E/CN.4/RES/1993/20; Mandat zuletzt verlängert durch UN Human Rights Council, Resolution 43/36 v. 6.7.2020, UN Doc. A/HRC/RES/43/36) und prospektiv das neu geschaffene Permanent Forum on People of African Descent (UN Human Rights Council, Resolution 75/314 v. 2.8.2021, UN Doc. A/HRC/RES/75/314, auf der Grundlage von UN General Assembly, Resolution 69/19 v. 18.11.2004, UN Doc. A/RES/69/16) sowie der Independent Expert Mechanism, den der Menschenrechtsrat mit Blick auf exzessive Gewalt und andere Menschenrechtsverletzungen durch Gefahrenabwehrkräfte gegenüber Menschen afrikanischer Herkunft eingesetzt hat (UN Human Rights Council, Resolution 47/21 v. 13.7.2021, UN Doc. A/HRC/RES/47/21).

II. Diskriminierungskategorien: Rassismus jenseits von „Rasse“

Diskriminierungsverbote knüpfen an Diskriminierungskategorien an. Im Zentrum der UN-Antirassismuskonvention steht dabei der Begriff der „racial discrimination“, der im deutschen Zustimmungsgesetz von 1969 als Verbot der Rassendiskriminierung bezeichnet wird,[18] sich aber auch als rassistische Diskriminierung übersetzen lässt.[19] Diesen Begriff definiert Art. 1 Abs. 1 ICERD wie folgt:

„In this Convention, the term ‚racial discrimination‘ shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life.“

Diese Definition weist mehrere Besonderheiten auf. Anders als Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verzichtet sie auf ein Possessivpronomen, spricht also nicht von „seiner“ Rasse, sondern verwendet die Formulierung *„based on race“* und an anderer Stelle *„on the grounds of race“*.[20] Schon durch diese Formulierung wird der Fokus verschoben von vermeintlichen Eigenschaften oder Zugehörigkeiten einer Person oder Personengruppe hin zum diskriminierenden Verhalten, das an die in Art. 1 Abs. 1 ICERD verankerten Kategorien anknüpft. Der Frage danach, ob es tatsächlich verschiedene menschliche Rassen gibt, wird damit in gewisser Weise aus dem Weg gegangen.[21]

Für die Frage der Reichweite der Diskriminierungskategorien und damit für den personalen Anwendungsbereich des Verbots von besonderer Bedeutung ist zudem, dass sich die Konvention nicht exklusiv auf den Begriff der „Rasse“ bezieht, sondern daneben auf die (Haut-)Farbe, die Abstammung, den nationalen Ursprung oder die ethnische Herkunft (in der deutschen Fassung etwas schief als „Volkstum“ übersetzt)[22] abstellt. Weder aus dem Wortlaut der einzelnen Begriffe noch aus den *travaux préparatoires* oder aus der Praxis des CERD lassen sich dabei klare, trennscharf voneinander abgrenzbare Kategorien ableiten.[23] Die fünf Kategorien überlappen sich vielmehr und spiegeln divergierende Vorstellungen und Zugriffe verschiedener Staaten und Gesellschaften vor dem

---

[18] BGBl. 1969 II, S. 961.

[19] Dagegen *Cengiz Barskanmaz*, Recht und Rassismus, 2019, S. 190.

[20] In der Präambel heißt es zudem „on the grounds of“, ohne dass damit ein Unterschied in der Sache verbunden wäre, siehe dazu CERD, General Recommendation No. 14 on article 1, paragraph 1, of the Convention, UN Doc. A/48/18 (1993), Rn. 1.

[21] *Michael Banton*, International Action against Racial Discrimination, 1996, S. 52.

[22] Dazu *Barskanmaz* (Fn. 19), S. 191.

[23] *Patrick Thornberry*, The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, A Commentary, 2016, S. 134; *Theo van Boven*, Racial and Religious Discrimination, in: Peters (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2007, Rn. 14 f.

Hintergrund unterschiedlicher Erfahrungen mit Rassismus wider. Sowohl auf der Grundlage der Konvention selbst als auch im Lichte der Praxis des CERD wird jedoch deutlich, dass das UN-Antirassismusregime nicht auf Diskriminierungen aufgrund – tatsächlicher oder vermeintlicher – biologischer Unterschiede zwischen Menschen beschränkt ist, sondern vielmehr sozial konstruierte Differenzierungen, die auch kulturalisierte Formen von Rassismus einschließen, umfasst.

1. „Rasse"

Unter den fünf Diskriminierungskategorien des ICERD kommt ein auf objektive Eigenschaften abstellendes, biologisches Verständnis zunächst mit Blick auf den Begriff der „Rasse" in Betracht. Die Konvention selbst enthält allerdings keine Definition des Begriffs „Rasse". Als wenig erhellend in dieser Hinsicht erweist sich auch die Präambel:

„Convinced that any doctrine of superiority based on racial differentiation is scientifically false, morally condemnable, socially unjust and dangerous, and that there is no justification for racial discrimination, in theory or in practice, anywhere."

Während der Text eine Absage an Vorstellungen der Überlegenheit einzelner „Rassen" über andere enthält, ist die Passage wenig aufschlussreich mit Blick darauf, was unter diesem Begriff überhaupt zu verstehen ist. Nicht eindeutig sind zudem die Ausführungen im Rahmen der verschiedenen Statements der UNESCO „on the race question", die die Diskussionen im Rahmen der Entstehung des ICERD beeinflusst haben: Denn auch diese verabschieden die Möglichkeit der wissenschaftlichen Identifizierbarkeit von Unterschieden zwischen verschiedenen Menschengruppen, die mit dem Begriff der „Rassen" erfasst werden, nicht kategorisch. Sie relativeren stattdessen generell die Bedeutung vererbbarer Merkmale im Vergleich zu sozialen und kulturellen Faktoren, betonen ihren dynamischen Charakter, heben hervor, dass die genetischen Unterschiede innerhalb derart konstituierter Gruppen größer sind als zwischen den einzelnen Gruppen, und wenden sich kategorisch gegen Vorstellungen biologisch begründbarer Überlegenheit einer Gruppe über andere.[24] Unterschiedliche Lesarten der UNESCO-Statements finden ihren Niederschlag in den Diskussionen des Unterausschusses der UN-Menschenrechtskommission zum Entwurf des ICERD:[25] Während ein Mitglied betonte, die UNESCO habe aufgezeigt,

[24] Siehe die Zusammenfassungen in UNESCO, Four statements on the race question, 1969.

[25] Dazu *Natan Lerner*, The UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 1966, S. 23 f.

dass „Rasse“ nicht existiere,[26] betonte ein anderes Mitglied, dass es durchaus wissenschaftlich begründbare Unterschiede zwischen verschiedenen „Rassen“ gebe.[27] Einigkeit hinsichtlich der Frage des biologischen Gehalts von „Rasse“ lässt sich während der Vertragsverhandlungen nicht ausmachen.[28] Breit diskutiert wurde die Frage nach dem Verständnis von „Rasse“ soweit ersichtlich aber auch nicht.

In der Praxis des Ausschusses spielt der Begriff der „Rasse“ keine entscheidende Rolle.[29] Die parallele Anwendbarkeit von fünf Diskriminierungskategorien, die sehr unterschiedliche Facetten rassistischer Diskriminierung erfassen, macht eine spezifische Entfaltung des kontroversen Begriffs der „Rasse“ schlicht unnötig.[30] Der Ausschuss versteht den Begriff jedenfalls nicht als Anerkennung der Existenz tatsächlicher biologischer Unterschiede zwischen verschiedenen Gruppen von Menschen, die eine objektive Einteilung in verschiedene „Rassen“ rechtfertigen könnten.[31] Der Ausschuss übt vielmehr Kritik, wenn Vertragsstaaten in ihren innerstaatlichen Regelungen oder Praktiken Ansätze einer möglichen Differenzierung anhand biologischer Vorstellungen von „Rasse“ zum Ausdruck bringen – etwa durch Unterscheidungen von Menschen mit „reinem“ oder „gemischtem“ Blut[32] oder von genetischen Differenzen zwischen Menschengruppen.[33] Aus dieser Praxis der Kritik wird deutlich, dass der Ausschuss selbst nicht von einem biologischen Verständnis von „Rasse“ ausgeht, ein entsprechendes Verständnis vonseiten oder innerhalb der Staaten aber adressieren muss. Mahnungen des Ausschusses, dass Diskriminierungsverbote des innerstaatlichen Rechts auch die Kategorie der „Rasse“ erfassen sollen,[34] sind daher nicht so zu verstehen, als würde der Ausschuss auf die Verwendung des Begriffs beharren,[35] sondern zielen darauf ab sicherzustellen, dass das nationale Recht alle Diskriminierungssituationen umfasst, die es nach Art. 1 Abs. 1 ICERD zu erfassen gilt.[36]

---

[26] UN Doc. E/CN.4/Sub.2/SR.411 (1964), S. 6.

[27] UN Doc. E/CN.4/Sub.2/SR.410 (1964), S. 11.

[28] Dazu *Thornberry* (Fn. 23), S. 102.

[29] Zu verschiedenen Verständnissen im Schrifttum *Barskanmaz* (Fn. 19), S. 193.

[30] *Rüdiger Wolfrum*, The Committee on the Elimination of Racial Discrimination, MPYUNL 3 (1999), S. 489 (497).

[31] Siehe *Gabriele Britz*, Die Individualbeschwerde nach Art. 14 des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, EuGRZ 2002, S. 381 (383 f.).

[32] CERD, Concluding Observations, Republic of Korea, UN Doc. CERD/C/KOR/CO/14 (2007).

[33] *Thornberry* (Fn. 23), S. 117 f.

[34] *Thornberry* (Fn. 23), S. 118.

[35] So aber *Paul Gragl*, in: Angst/Lantschner (Hrsg.), ICERD, 2020, Art. 1 Rn. 21; *Barskanmaz* (Fn. 19), S. 193.

[36] *Thornberry* (Fn. 23), S. 118; *Tarik Tabbara*, Von der Gleichbehandlung der „Rassen“ zum Verbot rassistischer Diskriminierung, Der Staat 60 (2021), S. 577 (602 f.).

2. Hautfarbe

Vergleichbares gilt für das Merkmal der Hautfarbe.[37] Auch dieses spielt in der Praxis des Ausschusses keine entscheidende Rolle und trägt nicht maßgeblich zur Entfaltung des Konzepts der rassistischen Diskriminierung bei. Auf den ersten Blick handelt es sich bei der Hautfarbe um ein biologisches, von Erbfaktoren abhängiges Merkmal. Gleichzeitig ist die Frage, welche Bedeutung der Hautfarbe in einem bestimmten gesellschaftlichen Kontext zukommt, in hohem Maße von gesellschaftlichen Praktiken und Verständnissen abhängig, sodass auch die Hautfarbe als diskriminierungsrelevanter Faktor einen sozialkonstruktiven Gehalt aufweist.[38] Soweit Staaten und das Handeln anderer Akteure im Anwendungsbereich des Übereinkommens Differenzierungen anhand der Hautfarbe von Menschen vornehmen, adressiert der Ausschuss entsprechende Diskriminierungen und verlangt aus diesem Grund auch, dass die Staaten das Merkmal der Hautfarbe im Rahmen ihrer innerstaatlichen Rechtsordnung berücksichtigen. Das Übereinkommen erkennt damit an, dass Differenzierungen, die an die unterschiedliche Hautfarbe von Personen anknüpfen, Diskriminierungen darstellen, verhält sich aber indifferent zu der Frage der biologischen Dimension von Hautfarbe oder auch ihrer (vermeintlichen) Bedeutung für die Konstituierung verschiedener „Rassen“.

3. Abstammung

Als denkbar weit erweist sich der Begriff der Abstammung (*descent*) als Diskriminierungskategorie.[39] Der Ausschuss betont, dass die Abstammung eine eigenständige Diskriminierungskategorie darstellt, die neben den anderen in Art. 1 Abs. 1 ICERD enthaltenen Kategorien zur Anwendung gelangt und diese ergänzt.[40] In der Praxis des Ausschusses kommen der Kategorie unterschied-

[37] *Gragl* (Fn. 35), Art. 1 Rn. 22.

[38] *Barskanmaz* (Fn. 19), S. 194; *Tabbara* (Fn. 36), S. 585 f.

[39] Auch insoweit ist der Blick in die *travaux préparatoires* wenig aufschlussreich. Die Erklärung der Delegation Indiens, auf deren Vorschlag die Einfügung des Begriffs zurückgeht (UN Doc. A/C.3/L.1216 (1965)), betont, dass damit der Verwirrung um den Begriff der nationalen Herkunft begegnet werden sollte (UN Doc. A/C.3/SR.1299 (1965), Rn. 29), bleibt aber im Übrigen eher vage, siehe bereits *Egon Schwelb*, The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, ICLQ 15 (1966), S. 996 (1002 f.); *Thornberry* (Fn. 23), S. 104. *Gragl* (Fn. 35), Art. 1 Rn. 4 sieht in dem in diesem Zusammenhang erfolgten Hinweis der indischen Delegation auf die Abschaffung des Konzepts der „Unberührbarkeit“ in der indischen Verfassung (UN Doc. A/C.3/SR.1299 (1965), Rn. 28) eine Bestätigung, dass die Diskriminierung aufgrund der Kastenzugehörigkeit mit dem Begriff der Abstammung erfasst werden sollte.

[40] General Recommendation No. 29 on article 1, paragraph 1, of the Convention (Descent) (2002), Präambel Rn. 6.

liche Funktionen zu. Er versteht sie nicht allein in einem objektiven Sinne als genealogisch-zeitliche Beziehung zwischen Menschen, sondern bezieht auch Gruppen mit ein, die sich nach eigenem Selbstverständnis oder sozialer Praxis als solche definieren oder wahrgenommen werden. Anknüpfend an die Durban Declaration von 2001[41] fasst der Ausschuss darunter insbesondere Personen afrikanischer,[42] asiatischer oder indigener[43] Abstammung.[44] Auch wenn damit durchaus vererbbare, äußerliche Merkmale wie etwa die Hautfarbe erfasst werden, erschöpft sich die Kategorie nicht darin. Ungleichbehandlungen und Benachteiligungen von Menschen afrikanischer Abstammung etwa knüpfen zwar auch, aber nicht notwendigerweise ausschließlich an die Hautfarbe an. Ihre Erfassung als Gruppe, der im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot besondere Aufmerksamkeit zukommt, basiert auf entsprechenden Diskriminierungspraktiken und Benachteiligungsstrukturen und ist historisch eng mit Sklaverei, Sklavenhandel und Kolonialismus verbunden, wie die Durban Declaration betont.[45] Die verschiedenen vom Diskriminierungsverbot erfassten Gruppen können Individuen mit sehr unterschiedlichen physischen Merkmalen einschließen, die sich nicht notwendigerweise als vererbbare Merkmale darstellen. Das gilt in noch höherem Maße für Angehörige indigener Völker, die sich nicht aufgrund physischer, vererbbarer Merkmale von der Mehrheitsgesellschaft unterscheiden müssen. Zudem entspricht es nicht nur der Praxis des CERD, sondern auch internationalen Menschenrechtsstandards im Übrigen, dass die Zugehörigkeit zu einer Gruppe nach den Prinzipien der Selbstbestimmung und der Selbstidentifikation erfolgt und nicht primär anhand vermeintlich objektiver Umstände.[46] Bemerkenswert ist insofern zudem, dass der CERD ein durch Indien[47] zum Ausdruck gebrachtes enges genealogische Verständnis

---

[41] World Conference Against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, Declaration and Programme of Action, 2001.

[42] Dazu CERD, General Recommendation No. 24, Racial discrimination against people of African descent, UN Doc. CERD/C/GC/34 (2011); siehe nun auch UN Human Rights Council, Promotion and protection of human rights and fundamental freedoms of Africans and of people of African descent against excessive use of force and other human rights violations by law enforcement officers, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights v. 1.6.2021, UN Doc. A/HRC/C/47/53; zuvor UN Human Rights Council, Resolution 43/1 v. 19.6.2020, UN Doc. A/HRC/RES/43/1.

[43] Dazu CERD, General Recommendation No. 23 on the rights of indigenous peoples, UN Doc. A/52/18, annex V (1997).

[44] General Recommendation No. 29 on article 1, paragraph 1, of the Convention (Descent) (2002), Präambel Rn. 4; *Gragl* (Fn. 35), Art. 1 Rn. 24.

[45] World Conference Against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, Declaration and Programme of Action, 2001, S. 16f. und S. 48ff.

[46] Siehe CERD, General Recommendation No. 8 concerning the interpretation and application of article 1, paragraphs 1 and 4 of the Convention, UN Doc. A/45/18 (1990); *Thornberry* (Fn. 23), S. 107f.

[47] CERD, Summary Record of the 1796th Meeting, UN Doc. CERD/C/SR.1796 (2007), Rn. 13.

ebenso zurückgewiesen hat[48] wie die Vorstellungen Japans,[49] dass Abstammung nur dann eine Diskriminierungskategorie darstellt, wenn sie in von anderen Gruppen unterscheidbaren physischen Merkmalen zum Ausdruck gelangt.[50]

Noch weiter von einem biologischen Verständnis entfernt sich der Ausschuss, wenn er unter den Begriff der Abstammung auch Fragen der sozialen Schichtzugehörigkeit subsumiert. Damit wird nicht jegliche Klassendiskriminierung erfasst, sondern vielmehr Formen der schichtbezogenen Gruppenunterscheidung wie sie das indische Kastenwesen beinhaltet.[51] In den Worten des CERD:

„[…] discrimination based on ‚descent' includes discrimination against members of communities based on forms of social stratification such as caste and analogous systems of inherited status which nullify or impair their equal enjoyment of human rights."[52]

4. Nationaler Ursprung

Eine gewisse Sonderstellung kommt der in der Menschenrechtskommission kontrovers diskutierten[53] Kategorie des „nationalen Ursprungs" zu. Im dritten Ausschuss der UN-Generalversammlung wurde die Erstreckung des Anwendungsbereichs der Konvention auf Nicht-Staatsangehörige – und die Abgrenzung zur Kategorie des nationalen Ursprungs – erörtert, mit dem Ergebnis der heutigen Regelung: der Beibehaltung des nationalen Ursprungs in Art. 1 Abs. 1 ICERD, aber mit den restriktiven Regelungen für Nicht-Staatsangehörige und Fragen des Staatsangehörigkeitsrechts in Art. 1 Abs. 2 und Abs. 3 ICERD. Ob und inwiefern die Kategorie des nationalen Ursprungs allein an das formale Kriterium der Staatsangehörigkeit anschließt – und damit etwa Differenzierungen eines Staates zwischen unterschiedlichen Drittstaatsangehörigen nach ihrer Staatsangehörigkeit erfasst[54] – oder darüber hinaus ethnische und kulturelle Gesichtspunkte einbezieht, ist unklar und wird seit Abschluss des Übereinkommens diskutiert.[55] Diese Frage spielt allerdings in der Praxis des Ausschusses keine besondere Rolle, weil die ethnische Herkunft ebenfalls eine explizit in Art. 1 Abs. 1 ICERD anerkannte Diskriminierungskategorie darstellt und der

---

[48] CERD, Concluding Observations, India, UN Doc. CERD/C/IND/CO/19 (2007), Rn. 8.

[49] CERD, Summary Record of the 1988th Meeting, UN Doc. CERD/C/SR.1988 (2010), Rn. 45.

[50] CERD, Concluding Observations, Japan, UN Doc. CERD/C/JPN/CO/3–6 (2010), Rn. 8.

[51] Ausführlich hierzu *David Keane*, Caste-based Discrimination in International Human Rights Law, 2007, S. 159 ff. und S. 213 ff.; zur Einbeziehung *Patrick Thornberry*, Confronting Racial Discrimination: A CERD Perspective, Human Rights Law Review 5 (2005), S. 239 (263 ff.).

[52] General Recommendation No. 29 on article 1, paragraph 1, of the Convention (Descent) (2002), Präambel Rn. 7.

[53] Dazu *Thornberry* (Fn. 23), S. 103; ausführlich *Lerner* (Fn. 25), S. 33 ff.

[54] So *Barskanmaz* (Fn. 19), S. 195, 200 ff.

[55] Siehe bereits *Schwelb* (Fn. 39), S. 1006 f.

Ausschuss die beiden Kategorien daher oft zusammen heranzieht.[56] Das Hauptproblem im Rahmen der Kategorie des nationalen Ursprungs besteht vielmehr in der Frage des Verhältnisses zur gerade nicht vom Abkommen erfassten Kategorie der Staatsangehörigkeit – eine Frage, die zu unterschiedlichen Interpretationen durch den CERD und den Internationalen Gerichtshof geführt hat.[57]

5. Ethnische Herkunft

Gänzlich losgelöst von biologischen Vorstellungen ist schließlich die Kategorie der ethnischen Herkunft, die vielfach im Zentrum der Aufmerksamkeit des Ausschusses steht. Auch insofern hat der Ausschuss keine umfassende, allgemeine Definition entwickelt und verhält sich regelmäßig nicht zu einzelnen konstitutiven Merkmalen einer ethnischen Gruppe, wie sie im Schrifttum und in der internationalen Praxis im Übrigen diskutiert werden, wie etwa eine gemeinsame Geschichte, Sprache oder Religion.[58] Der Ausschuss stellt vielmehr auf die spezifischen Umstände innerhalb der jeweiligen staatlichen Gemeinschaft ab, um insbesondere ethnische Minderheiten in den Blick zu nehmen, wobei es durchaus zu Überschneidungen mit anderen Diskriminierungskategorien kommt. Neben indigenen Völkern[59] und Angehörigen der Roma[60] werden ethnische Minderheiten erfasst, deren Bestand und Zugehörigkeit sich vorrangig nach den Grundsätzen der Selbstbestimmung und Selbstidentifikation richtet.

Der Schutzbereich des Diskriminierungsverbots wird dabei maßgeblich von möglichen Diskriminierungshandlungen her bestimmt: So ist etwa das Kriterium der Sprache nicht als eigenständige Diskriminierungskategorie anerkannt, Regelungen, die an die Sprache anknüpfen, können sich aber als diskriminierend gegenüber einer bestimmten ethnischen Gruppe auswirken; die Existenz einer gemeinsamen Sprache einer Gruppe, die sich von der Sprache anderer Gruppen unterscheidet, kann ein Element der Ethnizität dieser Gruppe darstellen.[61] Das weite Verständnis des Ausschusses kommt zudem darin zum Aus-

---

[56] *Thornberry* (Fn. 23), S. 125.

[57] Siehe einerseits CERD, Admissibility of the Inter-state communication submitted by Qatar against the United Arab Emirates, Entscheidung v. 27.8.2019, UN Doc. CERD/C/99/4; andererseits IGH, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates), Preliminary Objections*, Urt. v. 4.2.2021.

[58] Allgemein hierzu *Steve Fenton*, Ethnicity, 2. Aufl. 2010, S. 1 ff.

[59] CERD, General Recommendation No. 29 on article 1, paragraph 1, of the Convention (Descent) (2002), Präambel Rn. 4; CERD, General Recommendation No. 23 on the rights of indigenous peoples, UN Doc. A/52/18, annex V (1997).

[60] *Gragl* (Fn. 35), Art. 1 Rn. 25; CERD, General Recommendation No. 27 on discrimination against Roma (2000).

[61] *Barskanmaz* (Fn. 19), S. 208 ff.; siehe auch *Doris Liebscher*, Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus, 2021, S. 436 f.

druck, dass die Kategorie der ethnischen Herkunft – zum Teil auch der nationalen Herkunft – als Anknüpfungspunkt genommen wird, um nicht nur Nicht-Staatsangehörige, sondern auch Migrantinnen und Migranten im weiteren Sinne sowie Geflüchtete und Asylsuchende in den Schutzbereich des Abkommens einzubeziehen.[62] Und auch Antisemitismus[63] und Islamophobie werden als rassistische Diskriminierung angesehen, jedenfalls soweit sich ein Anknüpfungspunkt mit Blick auf die nationale oder ethnische Herkunft ausmachen lässt.[64]

6. Zwischenergebnis

Das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form rassistischer Diskriminierung versteht rassistische Diskriminierung damit nicht als Differenzierung anhand biologisch existierender Unterschiede, sondern als soziales Phänomen. Die Frage, ob das ICERD kulturalisierten Rassismus aufgreift, lässt sich eindeutig bejahen. In den Worten des langjährigen Mitglieds des Ausschusses *Patrick Thornberry*:

> „ICERD is significantly and even predominantly concerned with cultural or difference racism: ‚racial discrimination' subsumes and transcends ‚race'."[65]

Dieses über ein biologisches Verständnis von „Rasse" – und damit auch Rassismus – hinausgehende Verständnis kommt im Übereinkommen am prägnantesten in den Diskriminierungskategorien der Abstammung sowie der nationalen und ethnischen Herkunft zum Ausdruck. Die umfassende Aufzählung verschiedener denkbarer Anknüpfungspunkte für rassistische Diskriminierung bringt den Willen der Vertragsparteien zum Ausdruck, dem Vertrag ein möglichst umfassendes Konzept rassistischer Diskriminierung zugrunde zu legen. Um ein weiteres langjähriges Mitglied des Ausschusses, *Ian Diaconu*, zu zitieren:

> „[…] the definition was composed by adding as many concepts as possible, in order to avoid any lacunae."[66]

Konkret in Text und *travaux préparatoires* zum Ausdruck kommende Beschränkungen, etwa mit Blick auf die Kategorien Staatsangehörigkeit und Religion,

---

[62] Siehe *Thornberry* (Fn. 23), S. 125; CERD, General Recommendation No. 30 on discrimination against non-citizens (2005).

[63] Ausführliche Darstellung bereits bei *Schwelb* (Fn. 39), S. 1011 ff.; *Banton* (Fn. 21), S. 60 ff.

[64] Siehe CERD, Individual Communication No. 36/2006, P.S.N. v. Denmark, UN Doc. CERD/C/71/D/36/2006 (2007), Rn. 6.2 f.; CERD, Individual Communication No. 37/2006, A.W.R.A.P. v. Denmark, UN Doc. CERD/C/71/D/37/2006 (2007), Rn. 6.3 f.

[65] *Thornberry* (Fn. 23), S. 137.

[66] *Ion Diaconu*, The definitions of racial discrimination, background paper for the World Conference against Racism, UN Doc. E/CN.4/1999/WG.1/BP.10 (1999), Rn. 17; ähnlich *Lerner* (Fn. 25), S. 33; zustimmend *Thornberry* (Fn. 23), S. 119.

sind vom Ausschuss zu respektieren, stehen der tendenziell eher extensiven Praxis des Ausschusses im Übrigen aber nicht entgegen. Diese befindet sich im Einklang mit der Praxis und den Auffassungen anderer UN-Institutionen zum Schutz der Menschenrechte und wird zudem von den Vertragsparteien getragen, die zwar einzelne Wertungen und Entscheidungen des Ausschusses kritisieren, regelmäßig aber nicht den grundsätzlichen Ansatz des Ausschusses zu Art. 1 Abs. 1 ICERD und sein Verständnis der nach dem Übereinkommen geschützten Gruppen.

III. Diskriminierungsformen: Strukturelle Diskriminierung und das Verbot rassistischer Diskriminierung

Rechtliche Diskriminierungsverbote nehmen diskriminierendes Verhalten Einzelner ebenso in den Blick wie diskriminierende staatliche Maßnahmen. Das Phänomen der strukturellen Diskriminierung lässt sich hingegen nicht ohne Weiteres mit rechtlichen Maßstäben erfassen. Strukturelle Diskriminierung bezeichnet zunächst ein sozialwissenschaftliches Konzept, mit dem der Blick weg von individuellen Diskriminierungshandlungen und Einzelfällen hin zu dauerhaften und systematischen Benachteiligungen bestimmter Personen und Personengruppen gelenkt werden soll.[67] Nicht subjektive Motivationen einzelner diskriminierender Personen, sondern gesellschaftliche Strukturen und bestehende Benachteiligungen stehen im Zentrum der Aufmerksamkeit.[68] Struktureller Rassismus wird folglich verstanden als:

> „embedded not in the minds of individuals but in the social, economic, cultural and political forces which define the relationships between people".[69]

Ungeachtet terminologischer und konzeptioneller Streitigkeiten wird struktureller Rassismus dabei vielfach von institutionellem Rassismus abgegrenzt, der als engerer Begriff die benachteiligenden Mechanismen einer spezifischen Organisation bezeichnet.[70] Inwiefern derartige strukturell verankerte gesellschaftliche Umstände und Rahmenbedingungen – denen man empirisch nachgehen kann[71] – für das Verständnis und die Auslegung des Verbots rassistischer Dis-

[67] Exemplarisch *Mechtild Gomolla*, Direkte und indirekte, institutionelle und strukturelle Diskriminierung, in: Scherr/El-Mafaalani/Yüksel (Hrsg.), Handbuch Diskriminierung, 2017, S. 133.

[68] *Barskanmaz* (Fn. 19), S. 19 ff.

[69] *Shreya Atrey*, Structural Racism and Race Discrimination, Current Legal Problems 74 (2021), S. 1 (5).

[70] *Atrey* (Fn. 69), S. 13 f.

[71] Siehe dazu etwa Human Rights Council, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Promotion and protection of the human rights and fundamental freedoms of Africans and of people of African descent against excessive use of force and other

kriminierung relevant sein können, inwiefern ihnen also eine spezifisch juristische Bedeutung zukommt, wird kontrovers diskutiert. Unter dem Gesichtspunkt des grundrechtlichen Diskriminierungsverbots bestehen dabei ersichtliche Berührungsängste oder Vorbehalte, wie die weitgehende Ausblendung struktureller Diskriminierung aus den Grundgesetz-Kommentaren zeigt.[72] Auch insofern kann sich allerdings ein Blick in das Völkerrecht, vor allem das ICERD und die Praxis des CERD, als durchaus aufschlussreich erweisen.[73]

Das ICERD statuiert in seinem ersten Teil, den Art. 1 bis Art. 7 ICERD, verschiedene Verpflichtungen der Vertragsstaaten – zugegebenermaßen in einer Weise, deren Systematik sich nicht auf den ersten Blick vollends erschließt und die nicht frei von Überlappungen und Redundanzen ist. Dort finden sich einerseits differenziert geregelte klassische, an den Staat gerichtete Diskriminierungsverbote,[74] andererseits aber auch und vor allem positive Handlungspflichten. Zu diesen gehören: Schutzpflichten,[75] Regelungen über positive Maßnahmen zur Förderung von Angehörigen benachteiligter Gruppen (*special measures*),[76] die Pflicht, Diskriminierungen im Rahmen des Genusses bestimmter Rechte – und zwar auch und insbesondere wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte – zu untersagen und auf ihre Beseitigung hinzuwirken,[77] eine Garantie von Rechtsschutz und Schadensersatz bzw. Entschädigung[78] sowie die Pflicht des Staates, durch Maßnahmen im Bereich der Bildung und durch Aufklärung Vorurteilen entgegenzuwirken und Verständnis, Toleranz und Freundschaft zu fördern.[79] In menschenrechtlichen Kategorien lässt sich dabei zwischen der *duty to respect* als negativem Verpflichtungsgehalt mit Abwehrfunktion, der *duty to protect* als Schutzpflicht und der *duty to fulfil* als weitergehender Verpflichtung, auf die umfassende Verwirklichung der Menschenrechte hinzuwirken, differenzieren.[80]

Struktureller Rassismus erweist sich in unterschiedlicher Weise als relevant für das Verständnis dieser staatlichen Verpflichtungen und ihrer Implikationen im Einzelnen. Auch der Ausschuss hat sich schon vielfach explizit auf struktu-

---

human rights violations by law enforcement officers v. 1.6.2021, UN Doc. A/HRC/47/53, Rn. 8.

[72] Ausnahme insofern *Susanne Baer/Nora Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 418 ff.

[73] Siehe im ersten Zugriff *Thornberry* (Fn. 23), S. 116 f.

[74] Vor allem in Art. 2 bis Art. 5 ICERD.

[75] Vor allem in Art. 2, Art. 4 und Art. 6 ICERD.

[76] Art. 1 Abs. 4, Art. 2 Abs. 2 ICERD.

[77] Art. 5 ICERD.

[78] Art. 6 ICERD.

[79] Art. 7 ICERD.

[80] *Thornberry* (Fn. 23), S. 162 f. und S. 198 f.; allgemein hierzu *Christian Tomuschat*, Human Rights: Between Idealism and Realism, 3. Aufl. 2014, S. 142 ff.; *Ilias Bantekas/Lutz Oette*, International Human Rights Law and Practice, 3. Aufl. 2020, S. 79 f.

rellen Rassismus bezogen.[81] Die Ausprägungen strukturellen Rassismus und struktureller Diskriminierung müssen dabei stets mit Bezug auf eine konkrete staatliche und gesellschaftliche Ordnung in den Blick genommen werden. Die Thematisierung und Auseinandersetzung mit Ausmaß und Ausprägungen struktureller Diskriminierung bedarf zudem einer fundierten empirischen Grundlage, weshalb der Ausschuss im Rahmen des Staatenberichtsverfahrens von jedem Staat umfangreiche Daten und Statistiken verlangt, disaggregiert nach Maßgabe der Kriterien des Art. 1 Abs. 1 ICERD und mit Blick sowohl auf die Zusammensetzung der Gesellschaft als auch die sozio-ökonomischen Bedingungen vulnerabler Gruppen und das Ausmaß ihrer Repräsentation in bestimmten politischen und gesellschaftlichen Bereichen. Die Berücksichtigung der strukturellen Dimension von Rassismus und Diskriminierung kann dabei in unterschiedlicher Weise Relevanz für die verschiedenen Verpflichtungen der Staaten unter dem ICERD entfalten. Einige wesentliche Ausprägungen seien im Folgenden skizziert.

1. Unmittelbare Diskriminierung

Das Verbot unmittelbarer Diskriminierung bildet auch im UN-Antirassismusübereinkommen einen wesentlichen Bestandteil. Es wird in unterschiedlich konkreten Ausprägungen normiert: als allgemeines Verbot in Art. 2 Abs. 1 ICERD, mit Blick auf Politiken der Segregation und Apartheid in Art. 3 ICERD, im Zusammenhang mit Hassrede und Anstachelung zu rassistischem Hass in Art. 4 ICERD, im Zusammenhang mit der Ausübung anderer Rechte in Art. 5 ICERD sowie in der Rechtsschutzgarantie des Art. 6 ICERD. Rassistisch diskriminierendes Verhalten und diskriminierende Maßnahmen sind allen staatlichen Organen und Institutionen untersagt. Ein erster Ausdruck der Bedeutung der strukturellen Dimension von Rassismus und Diskriminierung besteht dabei in der Anerkennung, dass für das Vorliegen einer Diskriminierung im Sinne des Übereinkommens keine Diskriminierungsabsicht erforderlich ist.[82]

Dass struktureller Rassismus auch darüber hinaus eine Rolle im Rahmen des Verbots unmittelbarer Diskriminierung spielen kann,[83] zeigt das Beispiel des Racial Profiling. Hierzu hat der CERD 2020 die umfassende General Recommendation Nr. 36 erlassen, in der er die Verpflichtungen der Staaten im Zusam-

---

[81] Siehe insbesondere CERD, General Recommendation No. 34, Racial discrimination against people of African descent, UN Doc. CERD/C/GC/34 (2011), Rn. 5–7.

[82] Siehe zu diesem Zusammenhang *Nora Markard* in diesem Band; zur Praxis des Ausschusses CERD, General Recommendation No. 32, The meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of Racial Discrimination (2009), Rn. 7.

[83] Allgemein hierzu *Atrey* (Fn. 69), S. 11 ff.

menhang mit dieser Praxis näher konkretisiert.[84] Soweit die Polizei oder andere staatliche Instanzen sich bei der Entscheidung, ob sie Maßnahmen wie etwa Identitätskontrollen, Durchsuchungen oder Festnahmen durchführen, auch von Kriterien wie der „Rasse", der Hautfarbe oder der ethnischen Zugehörigkeit einer Person leiten lassen, liegt ein Verstoß gegen das Verbot der unmittelbaren Diskriminierung vor.[85] Die strukturelle Dimension von Rassismus kommt dabei in zweifacher Hinsicht zum Tragen: Sie verdeutlicht zum einen, dass sich das Problem des Racial Profiling nicht im einzelnen Akt der Polizeikontrolle erschöpft, sondern dass diese Praxis weitreichende negative Konsequenzen für den Einzelnen und die Gesellschaft entfaltet und im weiteren Kontext anderer diskriminierender Praktiken zu sehen ist: Sie schwächt das Vertrauen von Angehörigen bestimmter Gruppen in die Unparteilichkeit der Polizei und staatlicher Instanzen allgemein und kann dazu beitragen, dass sich fehlgehende Vorurteile über den Zusammenhang von Kriminalität und ethnischer Zugehörigkeit gesellschaftlich verfestigen.[86] Im Rahmen des Verbots unmittelbarer Diskriminierung sind diese Einsichten zur Bewertung der Eingriffsintensität relevant, was sich in der Praxis der deutschen Verwaltungsgerichte aber allenfalls in Ansätzen niederschlägt, die die mit einer Identitätskontrolle verbundene Belastung vielfach als gering bewerten.[87] Und auch die vom Bundesverfassungsgericht in der Rasterfahndungs-Entscheidung betonte grundrechtliche Relevanz negativer gesellschaftlicher Auswirkungen staatlichen Handelns[88] findet im Rahmen der rechtlichen Diskussion über das Racial Profiling kaum Berücksichtigung.[89] Der Ausschuss betont zudem den engen Zusammenhang zwischen bestimmten Ausprägungen von strukturellem Rassismus und der Praxis des Racial Profiling: Fehlendes Verständnis für die diskriminierende Wirkung dieser Praxis, unbewusste und nicht reflektierte Vorurteile,[90] mangelnde Diversität der Polizei[91] und fehlender Austausch und

[84] CERD, General Recommendation No. 36 on preventing and combating racial profiling by law enforcement officials, UN Doc. CERD/C/GC/36 (2020).

[85] Konkret gegen Art. 2 Abs. 1 ICERD sowie Art. 5 lit. a und lit. d ICERD, siehe CERD, General Recommendation No. 36 on preventing and combating racial profiling by law enforcement officials, UN Doc. CERD/C/GC/36 (2020), Rn. 23.

[86] CERD, General Recommendation No. 36 on preventing and combating racial profiling by law enforcement officials, UN Doc. CERD/C/GC/36 (2020), Rn. 26 und Rn. 30.

[87] Siehe etwa OVG Koblenz, Urt. v. 21.4.2016, 7 A 11108/14. OVG, NJW 2016, S. 2820; OVG Hamburg, Urt. v. 31.1.2022, 4 Bf 10/21, Rn. 75 ff.

[88] BVerfGE 115, 320 (351 ff.).

[89] Siehe aber OVG Münster, Urt. v. 7.8.2018, 5 A 294/16, NVwZ 2018, S. 1497, das unter Berufung auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts die stigmatisierende Wirkung des Racial Profiling im Rahmen der Eingriffsintensität berücksichtigt; zustimmend *Andreas Kerkemeyer*, Anmerkung, NVwZ 2018, S. 1501 (1502).

[90] CERD, General Recommendation No. 36 on preventing and combating racial profiling by law enforcement officials, UN Doc. CERD/C/GC/36 (2020), Rn. 42.

[91] CERD, General Recommendation No. 36 on preventing and combating racial profiling by law enforcement officials, UN Doc. CERD/C/GC/36 (2020), Rn. 46 f.

magelnde Kommunikation zwischen den staatlichen Instanzen und den besonders betroffenen Individuen und Gruppen[92] werden als Faktoren identifiziert, die die Praxis des Racial Profiling begünstigen und die die Staaten daher adressieren müssen, um ihren Verpflichtungen aus der Konvention nachzukommen.

2. *Mittelbare Diskriminierung*

Noch deutlicher ist der Zusammenhang zwischen strukturellem Rassismus und dem Verbot der mittelbaren rassistischen Diskriminierung.[93] Die Diskriminierungsverbote des Übereinkommens beschränken sich nicht auf intentionale Diskriminierungen oder explizite oder verdeckte Anknüpfungen[94] an die nach Art. 1 Abs. 1 ICERD erfassten Merkmale, sondern erfassen auch mittelbare, indirekte oder faktische Diskriminierungen.[95] Anknüpfungspunkte für die Erfassung mittelbarer Diskriminierungen bietet bereits Art. 1 Abs. 1 ICERD soweit er eine Diskriminierung definiert als:

„any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose *or effect* of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life".

Auch wenn sich die in Art. 1 Abs. 1 ICERD genannten Folgen (*effect*) dem Wortlaut nach nicht auf die Ungleichbehandlung selbst, sondern auf ihre Auswirkungen beziehen,[96] werden dadurch faktische Auswirkungen staatlicher Maßnahmen in den Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots miteinbezogen.[97] Verstärkt wird dieser Gedanke durch Art. 2 Abs. 1 lit. c ICERD, wonach die Vertragsparteien sicherstellen müssen, dass staatliche Maßnahmen kei-

---

[92] CERD, General Recommendation No. 36 on preventing and combating racial profiling by law enforcement officials, UN Doc. CERD/C/GC/36 (2020), Rn. 48 f.

[93] Dazu *Atrey* (Fn. 69), S. 23 ff.; anderes Verständnis etwa bei *Gragl* (Fn. 35), Art. 1 Rn. 16 ff., der die strukturelle Diskriminierung als eigenständige Diskriminierungsform neben der indirekten und de facto-Diskriminierung versteht; siehe auch *Ute Sacksofsky*, Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, *im Erscheinen*, die betont, dass der dogmatischen Figur der mittelbaren Diskriminierung ein materielles Gleichheitsverständnis zugrunde liegt, das gesellschaftliche diskriminierende Strukturen mitberücksichtigt.

[94] Zur Zuordnung verdeckter Diskriminierungen zur Kategorie der unmittelbaren Diskriminierung *Barskanmaz* (Fn. 19), S. 217 ff.; aus dem deutschen verfassungsrechtlichen Diskurs *Baer/Markard* (Fn. 72), Art. 3 Rn. 431.

[95] *Britz* (Fn. 31), S. 385; *Wolfrum* (Fn. 30), S. 499 f.; zur Terminologie *Thornberry* (Fn. 23), S. 114 f.; kritisch *Gragl* (Fn. 35), Art. 1 Rn. 17.

[96] *Gragl* (Fn. 35), Art. 1 Rn. 16; *Barskanmaz* (Fn. 19), S. 216.

[97] Siehe *Banton* (Fn. 21), S. 65 f.

ne rassistische Diskriminierung *bewirken* oder *aufrechterhalten*.[98] Das ICERD geht damit über ein bloßes Anknüpfungsverbot deutlich hinaus.

Diese Lesart der Konvention und die Erfassung auch mittelbarer Diskriminierungen hat der Ausschuss 1993 in seiner General Recommendation Nr. 14 explizit bestätigt[99] und auch in anderen General Recommendations aufgegriffen.[100] Im Individualbeschwerdeverfahren *L.R. v. Slovakia* hat der Ausschuss die Figur der mittelbaren Diskriminierung wie folgt zusammengefasst:

> „The Committee recalls that the definition of racial discrimination in article 1 expressly extends beyond measures which are explicitly discriminatory, to encompass measures which are not discriminatory at face value but are discriminatory in fact and effect, that is, if they amount to indirect discrimination. In assessing such indirect discrimination, the Committee must take full account of the particular context and circumstances of the petition, as by definition indirect discrimination can only be demonstrated circumstantially."[101]

Und auch im Staatenberichtsverfahren weist der Ausschuss die Vertragsparteien regelmäßig darauf hin, dass die innerstaatliche Rechtsordnung ein Verbot nicht nur der unmittelbaren, sondern auch der mittelbaren Diskriminierung erfassen soll,[102] und adressiert Fälle mittelbarer Diskriminierung.[103] In diesem Zusammenhang weist der Ausschuss erneut auf die Bedeutung aussagekräftiger Daten hin und adressiert sowohl die Situation besonders vulnerabler Gruppen als auch einzelne staatliche Praktiken.[104]

Praktiken mittelbarer Diskriminierung können dabei einerseits zu in der Gesellschaft verankerten Strukturen der Diskriminierung beitragen. Andererseits kann die Identifizierung struktureller Benachteiligungen für die diskriminierenden Auswirkungen einzelner staatlicher Maßnahmen oder Praktiken sensibilisieren. So kann beispielsweise die überproportionale Repräsentation von Minderheiten in Gefängnissen mit Blick auf Art. 5 lit. a ICERD – das Recht auf Gleichbehandlung vor den Gerichten und allen sonstigen Organen der Rechts-

---

[98] *Theodor Meron*, The Meaning and Reach of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, AJIL 79 (1985), S. 283 (288 f.); *Thornberry* (Fn. 23), S. 186 f.; *Barskanmaz* (Fn. 19), S. 216.

[99] CERD, General Recommendation No. 14 on article 1, paragraph 1, of the Convention, UN Doc. A/48/18 (1993), S. 115.

[100] CERD, General Recommendation No. 32, The meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of Racial Discrimination (2009), Rn. 7 („discrimination in effect").

[101] CERD, Individual Communication No. 31/2003, UN Doc. CERD/C/66/D/31/2003 (2005), L.R. v. Slovakia, Rn. 10.4.

[102] Siehe z.B. CERD, Concluding Observations, Germany, UN Doc. CERD/C/DEU/CO/19–22 (2015), Rn. 8 lit. b.

[103] Siehe z.B. CERD, Concluding Observations, Germany, UN Doc. CERD/C/DEU/CO/19–22 (2015), Rn. 12 und Rn. 15.

[104] Siehe die Nachweise bei *Thornberry* (Fn. 23), S. 115.

pflege – Anlass für die Überprüfung staatlicher Praktiken auf mittelbar diskriminierende Effekte geben.[105]

3. Schutzpflichten

Im Zusammenhang mit rassistischer Diskriminierung dienen auch staatliche Schutzpflichten der Bekämpfung struktureller Diskriminierung. Schutzpflichten spielen im internationalen Menschenrechtsschutz eine weitaus größere Rolle als im innerstaatlichen Verfassungsrecht.[106] Sie sind explizit in unterschiedlichen Vorschriften des Übereinkommens normiert:[107] Die Vertragsparteien sind danach verpflichtet, von Privaten ausgehende Diskriminierungen zu verbieten und zu beendigen, auch durch den Erlass von Rechtsvorschriften und durch andere geeignete Mittel (Art. 2 Abs. 1 lit. d ICERD). Schutzpflichten stehen zudem im Zentrum von Art. 4 ICERD, der die Staaten dazu verpflichtet, effektiv gegen die Verbreitung rassistischen Gedankenguts, gegen das Aufreizen zu rassistischer Diskriminierung und rassistisch motivierter Gewalt und insgesamt gegen rassistisch diskriminierende Handlungen vorzugehen.[108] Die unterschiedlichen Rechte, deren diskriminierungsfreier Genuss nach Art. 5 ICERD gewährleistet werden muss, können ebenfalls eine Schutzpflichtendimension aufweisen. So sieht etwa Art. 5 lit. f ICERD „das Recht auf Zugang zu jedem Ort oder Dienst, der für die Benutzung durch die Öffentlichkeit vorgesehen ist, wie Verkehrsmittel, Hotels, Gaststätten, Cafés, Theater und Parks" vor und erfasst damit sowohl von Hoheitsträgern als auch von Privaten angebotene Dienstleistungen.[109] Im Anwendungsbereich dieser Garantie haben die Vertragsstaaten zu gewährleisten, dass von Privaten keine rassistische Diskri-

---

[105] Siehe exemplarisch CERD, Concluding Observations, Mexico, UN Doc. CERD/C/MEX/CO/16–17 (2012), Rn. 14; CERD, Concluding Observations, Colombia, UN Doc. CERD/C/COL/CO/14 (2009), Rn. 21.

[106] Ausführlich *Dinah Shelton/Ariel Gould*, Positive and negative obligations, in: Shelton (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Human Rights Law, 2013, S. 562 (564 ff.).

[107] Siehe *Rüdiger Wolfrum*, Das Verbot der Rassendiskriminierung im Spannungsfeld zwischen dem Schutz individueller Freiheitsrechte und der Verpflichtung des einzelnen im Allgemeininteresse, in: FS Peter Schneider, 1990, S. 515 ff.; *Brun-Otto Bryde*, Institution-Building in the UN-Human Rights System – The Committee on the Elimination of Racial Discrimination, in: Hestermeyer et al. (Hrsg.), Coexistence, Cooperation and Solidarity – Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum, Vol. I, 2012, S. 333 (335 f.).

[108] CERD, General Recommendation No. 35, Combating racist hate speech, UN Doc. CERD/C/GC/35 (2013), Rn. 10 ff.; zu den Verpflichtungsgehalten im Einzelnen *Mehrdad Payandeh*, in: Angst/Lantschner (Hrsg.), ICERD, 2020, Art. 4 Rn. 16 ff.

[109] Siehe *Nahed Samour*, in: Angst/Lantschner (Hrsg.), ICERD, 2020, Art. 5 Nr. f Rn. 13; ausführlich hierzu *Michaela Fries*, Die Bedeutung von Art. 5 (f) der Rassendiskriminierungskonvention im deutschen Recht, 2003; früh bereits *Karl Josef Partsch*, Elimination of Racial Discrimination in the Enjoyment of Civil and Political Rights, Texas International Law Journal 14 (1979), S. 191; *Britz* (Fn. 31), S. 388; dann aber zurückhaltend aufgrund von Unsicher-

minierung ausgeht. Art. 6 ICERD schließlich sieht nicht nur effektive gerichtliche Rechtsbehelfe gegen rassistisch diskriminierende Handlungen vor, sondern verpflichtet die Staaten darüber hinaus dazu, wirksamen Schutz gegen rassistische Diskriminierungen zu gewährleisten. Schutzpflichten verpflichten den Staat insofern zur Prävention von und zur Reaktion auf Diskriminierungen mit Mitteln des Privatrechts[110] wie auch des Strafrechts[111] und durch die Bereitstellung effektiver Rechtsschutzmechanismen, die auch die Möglichkeit der Erlangung von Schadensersatz und Entschädigung vorsehen müssen.[112]

Vor diesem Hintergrund hat der CERD in einer Vielzahl von Entscheidungen im Individualbeschwerdeverfahren Verletzungen der staatlichen Pflicht zum Schutz vor rassistischer Diskriminierung durch Private angenommen.[113] Schutzpflichten werden aber auch und vor allem mit Blick auf gesellschaftlich verankerte, strukturelle Diskriminierungsphänomene diskutiert. Die Aufmerksamkeit des Ausschusses liegt dabei einerseits auf Art und Ausmaß rassistischer Hassrede und Propaganda, wenn diese sich spezifisch gegen bestimmte Gruppen und ihre Angehörigen wenden.[114] Im Fokus steht dabei vielfach die Verbreitung negativer Stereotype oder Anfeindungen gegenüber Menschen afrikanischer Herkunft, jüdischen oder muslimischen Gemeinschaften, Angehörigen der Sinti und Roma, indigenen Völkern und anderen ethnischen Minderheiten sowie zunehmend auch Migrantinnen und Migranten, insbesondere geflüchteten und um Asyl nachsuchenden Personen. Insofern verlangt Art. 4 ICERD von den Staaten ein effektives Vorgehen zum Schutz vulnerabler Gruppen, das auch ein Einwirken auf gesellschaftliche Umstände beinhalten kann.[115] Das gilt umso mehr, wenn Hassrede bereits in Gewalt umgeschlagen ist oder umzuschlagen droht.

Schutzpflichten stehen damit in einem Verhältnis der Wechselbezüglichkeit mit struktureller Diskriminierung: Einerseits führt das Vorhandensein gesellschaftlicher Strukturen, die zu Benachteiligungen für Angehörige bestimmter Gruppen führen und konkrete Diskriminierungshandlungen von Seiten Priva-

---

heiten über Umfang und Ausnahmen *Gabriele Britz*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2005), S. 355 (360f.).

110 Siehe in diesem Zusammenhang insb. Art. 5 lit. e (i) ICERD (Beschäftigungsverhältnis) und Art. 5 lit. f ICERD (Dienstleistungen).

111 Siehe insb. Art. 2 Abs. 1 lit. d ICERD und Art. 4 ICERD; dazu CERD, General Recommendation No. 35, Combating racist hate speech, UN Doc. CERD/C/GC/35 (2013), Rn. 10ff.; zu den Verpflichtungsgehalten im Einzelnen *Payandeh* (Fn. 108), Art. 4 Rn. 16ff.; *Barskanmaz* (Fn. 19), S. 230ff.

112 Siehe Art. 6 ICERD; *Dieter Schindlauer/Alice Hannah Golob*, in: Angst/Lantschner (Hrsg.), ICERD, 2020, Art. 6 Rn. 56f.

113 Dazu *Cordelia Ehrlich*, in: Angst/Lantschner (Hrsg.), ICERD, 2020, Art. 14 Rn. 31.

114 CERD, General Recommendation No. 35, Combating racist hate speech, UN Doc. CERD/C/GC/35 (2013), Rn. 17ff.

115 CERD, General Recommendation No. 35, Combating racist hate speech, UN Doc. CERD/C/GC/35 (2013), Rn. 30ff.

ter begünstigen, zu einer Aktivierung der Schutzpflichten des Staates, der solche Diskriminierungen präventiv und reaktiv adressieren muss. Andererseits sollen Maßnahmen, die der Staat in Wahrnehmung seiner Schutzpflicht ergreift, auf die gesellschaftlichen Faktoren einwirken, die sich als benachteiligend für Angehörige vulnerabler Gruppen erweisen und Diskriminierungen begünstigen können, und damit zur Vermeidung von Diskriminierungen beitragen.

4. Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte

Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (WSK-Rechte) spielen auf der Ebene des internationalen Rechts eine größere Rolle als im nationalen Verfassungsrecht.[116] Das Übereinkommen begründet selbst keine WSK-Rechte, verpflichtet die Vertragsstaaten aber in Art. 5 lit. e ICERD dazu, rassistische Diskriminierung im Rahmen des Genusses dieser Rechte zu verbieten und zu bekämpfen.[117] Angesprochen sind damit insbesondere die Bereiche Beschäftigung, Wohnungswesen, Gesundheit und Soziales sowie Bildung. Neben der Pflicht von Staaten, Maßnahmen und Politiken in diesem Bereich diskriminierungsfrei auszugestalten, verpflichtet Art. 5 ICERD die Staaten dazu, Diskriminierungen im privaten Bereich, also etwa bei der Anbahnung, Begründung und Durchführung von Arbeitsverhältnissen oder bei der Vermietung von Wohnraum, zu untersagen und zu bekämpfen.[118]

Die besondere Aufmerksamkeit des Ausschusses gilt dabei strukturellen Fragen von Diskriminierung. Zu diesem Zweck fordert der Ausschuss die Vertragsparteien dazu auf, im Rahmen ihrer Staatenberichte disaggregierte Daten und Statistiken vorzulegen, aus denen sich etwa eine Über- oder Unterrepräsentation von Gruppen, die von der Konvention geschützt werden, in bestimmten Berufen oder beruflichen Tätigkeiten ergibt oder die Aufschluss über Konzentrationen im Wohnungswesen in bestimmten Bereichen oder gruppenspezifische Unterschiede im Bildungsniveau geben könnten.[119] So thematisierte der Ausschuss beispielsweise gegenüber den Niederlanden die unverhältnismäßig hohe Arbeitslosigkeit unter Minderheiten im Vergleich zum Rest der Bevölkerung,[120]

---

[116] Zur besonderen Verpflichtungsstruktur von WSK-Rechten *Bantekas/Oette* (Fn. 80), S. 416 ff.; CESCR, General Comment No. 3: The nature of States parties' obligations (art. 2, para. 1, of the Covenant), UN Doc. E/1991/23, S. 83.

[117] *Britz* (Fn. 31), S. 386.

[118] CERD, General Recommendation No. 20 on article 5 of the Convention, UN Doc. A/51/18 (1996), S. 124.

[119] CERD, Guidelines for the CERD-specific document to be submitted by State parties under Article 9, paragraph 1, of the Convention, UN Doc. CERD/C/2007/1, Art. 5 Abschnitte I.E. und II.

[120] CERD, Concluding Observations, Netherlands, UN Doc. CERD/C/304/Add.46 (1998), Rn. 12.

prangerte Tendenzen der „Ghettobildung“ in bestimmten Wohngebieten in Deutschland an[121] sowie die Entwicklung faktischer Segregation in Schweden aufgrund von Schwierigkeiten muslimischer Minderheiten, Zugang zum Arbeitsmarkt zu finden und Wohnraum außerhalb von Gebieten anzumieten, die überwiegend von Angehörigen von Minderheiten bewohnt werden.[122] Damit bestehen Überschneidungen zu Art. 3 ICERD, der neben der Apartheid auch Segregation in den Blick nimmt und die Vertragsstaaten dazu verpflichtet, entsprechenden Tendenzen entgegenzuwirken.[123]

5. Positive Maßnahmen

In einem engen Zusammenhang mit strukturellen Diskriminierungen steht schließlich das Konzept der positiven Maßnahmen, zu denen das Übereinkommen zwei Vorschriften enthält: Während Art. 1 Abs. 4 ICERD die Zulässigkeit positiver Maßnahmen regelt, begründet Art. 2 Abs. 2 ICERD eine Pflicht der Staaten, unter bestimmten Umständen entsprechende positive Maßnahmen zu ergreifen. Art. 1 Abs. 4 ICERD lautet:

> „Special measures taken for the sole purpose of securing adequate advancement of certain racial or ethnic groups or individuals requiring such protection as may be necessary in order to ensure such groups or individuals equal enjoyment or exercise of human rights and fundamental freedoms shall not be deemed racial discrimination […].“

Für die Zulässigkeit positiver Maßnahmen ist danach entscheidend, dass solche Maßnahmen notwendig erscheinen, um sicherzustellen, dass Angehörige bestimmter Gruppen in gleicher Weise ihre Menschenrechte genießen können. Dahinter steht die Annahme, dass Ungleichheiten für bestimmte Personengruppen bestehen können, die sich nicht oder jedenfalls nicht vollumfänglich als Zufälligkeiten oder Ausdruck individueller Präferenzen oder Entscheidungen erklären lassen, sondern auf strukturelle Benachteiligungen zurückzuführen sind. Diese Benachteiligungen können und werden regelmäßig historisch gewachsen sein. Entscheidend ist allerdings, dass sie gegenwärtig bestehen und in existierenden Ungleichheiten zum Ausdruck kommen.[124] Das Übereinkommen erkennt damit an, dass sich Gleichheit nicht in der Gewährleistung formal gleicher Bedingungen aller Menschen erschöpfen kann, wenn sich Angehörige be-

---

[121] CERD, Concluding Observations, Germany, UN Doc. CERD/C/DEU/CO/19–22 (2015), Rn. 12.

[122] CERD, Concluding Observations, Sweden, UN Doc. CERD/C/SWE/CO/22–23 (2018), Rn. 18.

[123] *Stefanie Schmahl*, in: Angst/Lantschner (Hrsg.), ICERD, 2020, Art. 3 Rn. 42 ff.

[124] CERD, General Recommendation No. 32, The meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, UN Doc. CERD/C/GC/32 (2009), Rn. 22; *Thornberry* (Fn. 23), S. 225.

stimmter Gruppen Benachteiligungen ausgesetzt sehen, die ihre Chancengleichheit faktisch beeinträchtigen – sei es im Bereich der Bildung, auf dem Arbeitsmarkt, dem Zugang zu bestimmten Ämtern oder Dienstleistungen. Positive Maßnahmen dienen damit der Kompensation struktureller Benachteiligungen und sollen zu deren Beseitigung beitragen. Dementsprechend begreift der Ausschuss positive Maßnahmen als einen Bestandteil des Übereinkommens zur Erreichung des Ziels, rassistische Diskriminierung zu beseitigen.[125] Und dementsprechend sehen Art. 1 Abs. 4 und Art. 2 Abs. 2 ICERD vor, dass positive Maßnahmen nur solange zulässig sind, bis die Ziele, die mit ihnen verfolgt werden, erreicht sind.

Zu betonen ist dabei, dass das Übereinkommen positive Maßnahmen nicht nur für zulässig erachtet, sodass sie keine Diskriminierung von Personen darstellen, die nicht unmittelbar von ihnen profitieren, sondern in Art. 2 Abs. 2 ICERD zudem eine Pflicht der Vertragsstaaten begründet, positive Maßnahmen zu ergreifen.[126] Die Voraussetzungen dieser Verpflichtung werden allerdings im Übereinkommen selbst nur sehr allgemein in den Blick genommen, wenn Art. 2 Abs. 2 ICERD davon spricht, dass die Staaten positive Maßnahmen ergreifen sollen, „when the circumstances so warrant". Der Ausschuss geht jedenfalls von der Erforderlichkeit aus, dass die Vertragsstaaten eine rechtliche Grundlage für positive Maßnahmen schaffen,[127] verlangt Daten und disaggregierte Statistiken, um beurteilen zu können, ob positive Maßnahmen erforderlich sind,[128] und diskutiert die Erforderlichkeit positiver Maßnahmen dann, wenn sich strukturelle Benachteiligungen und Diskriminierungen mit Blick auf Angehörige einer bestimmten Gruppe feststellen lassen.[129]

---

[125] CERD, General Recommendation No. 32, The meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, UN Doc. CERD/C/GC/32 (2009), Rn. 11.

[126] CERD, General Recommendation No. 32, The meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, UN Doc. CERD/C/GC/32 (2009), Rn. 29 f.; besondere Betonung auch in CERD, Concluding Observations, Netherlands, UN Doc. CERD/C/304/Add.46 (1998), Rn. 20; siehe im Übrigen *Ibrahim Kanalan*, in: Angst/Lantschner (Hrsg.), ICERD, 2020, Art. 2 Abs. 2 Rn. 7 und Rn. 11; *Thornberry* (Fn. 23), S. 227 f.; *Barskanmaz* (Fn. 19), S. 228 f.; *Britz* (Fn. 31), S. 385.

[127] CERD, General Recommendation No. 32, The meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, UN Doc. CERD/C/GC/32 (2009), Rn. 13.

[128] CERD, General Recommendation No. 32, The meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, UN Doc. CERD/C/GC/32 (2009), Rn. 17; *Thornberry* (Fn. 23), S. 131 f.; früh bereits *Meron* (Fn. 98), S. 308 f.

[129] Siehe die Nachweise bei *Thornberry* (Fn. 23), S. 229.

6. *Zwischenergebnis*

Strukturelle Diskriminierung spielt im Rahmen des Übereinkommens eine bedeutende Rolle und lässt sich systematisch im Rahmen der verschiedenen Verpflichtungsgehalte des Übereinkommens verarbeiten. Strukturelle Diskriminierung stellt allerdings keine eigenständige dogmatische Figur dar oder gar einen eigenständigen Diskriminierungstatbestand neben der unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung. Der Begriff bezeichnet vielmehr gesellschaftliche Zustände, die mit antidiskriminierungsrechtlichen Konzepten adressiert werden und die im Rahmen der Dogmatik der einzelnen antidiskriminierungsrechtlichen Institute Bedeutung erlangen. Die Bedeutung des Konzepts der strukturellen Diskriminierung für das Antidiskriminierungsrecht wird dadurch weder geschmälert noch in Frage gestellt. Das Konzept hat sich vielmehr als in nahezu allen menschenrechtlichen Dimensionen des Verbots rassistischer Diskriminierung relevant erwiesen. In einem Rechtsregime, das wie das Übereinkommen auf den Prinzipien von Gleichheit und Würde basiert und dabei sowohl auf formale Gleichheit (*formal equality before the law*) als auch auf materiale Gleichheit (*substantive or de facto equality in the enjoyment and exercise of human rights*) abzielt,[130] kommt dem Konzept der strukturellen Diskriminierung erhebliche Bedeutung zu.[131]

IV. Fazit

Das völkerrechtliche Verbot rassistischer Diskriminierung wird im Internationalen Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form rassistischer Diskriminierung sowohl mit Blick auf die erfassten Personen und Personengruppen als auch hinsichtlich des Verpflichtungsgehalts und der Verpflichtungsdimensionen ausdifferenziert und konkretisiert. Dabei erweisen sich zahlreiche der insofern angesprochenen Facetten des Diskriminierungsverbots als unmittelbar relevant für grundlegende Fragen, die innerhalb der deutschen Rechtsordnung, insbesondere im Rahmen von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, kontrovers diskutiert werden:

---

[130] CERD, General Recommendation No. 32, The meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, UN Doc. CERD/C/GC/32 (2009), Rn. 6.

[131] Strukturelle Diskriminierung gegenüber Menschen afrikanischer Herkunft steht auch im Fokus der rassismusbezogenen Tätigkeit des UN-Menschenrechtsrates, siehe dazu UN Human Rights Council, Promotion and protection of human rights and fundamental freedoms of Africans and of people of African descent against excessive use of force and other human rights violations by law enforcement officers, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights v. 1.6.2021, UN Doc. A/HRC/C/47/53; zuvor UN Human Rights Council, Resolution 43/1 v. 19.6.2020, UN Doc. A/HRC/RES/43/1, Rn. 17.

das Verständnis des Begriffs der „Rasse“[132] und die verfassungsrechtspolitische Frage seiner Ersetzung,[133] die Erfassung mittelbarer Diskriminierungen,[134] die Anerkennung von Schutzpflichten[135] oder die Zulässigkeit von Fördermaßnahmen zugunsten Angehöriger diskriminierungsanfälliger Gruppen.[136]

Für diese Fragen können aus dem Übereinkommen und aus der Praxis des Ausschusses wichtige und weiterführende Impulse gewonnen werden. Diese Impulse gehen dabei über eine bloße unverbindliche „Anregung“ hinaus: Die Bundesrepublik Deutschland ist Partei des Übereinkommens und damit völkerrechtlich an die verpflichtenden Vorgaben zur Diskriminierungsbekämpfung gebunden. Und auch die Ausführungen des CERD erlangen in diesem Zusammenhang eine völkerrechtliche Bedeutung: Zwar ist der Ausschuss nicht mit der Kompetenz zur authentischen oder verbindlichen Interpretation des Übereinkommens ausgestattet, und seine Entscheidungen sind auch darüber hinaus nicht völkerrechtlich verbindlich. Gleichwohl kommt seinen Ausführungen zur Auslegung und Anwendung der Konvention eine besondere, auch normativ wirkende Autorität zu,[137] die bei der Auslegung und Anwendung der Konvention durch Staaten und staatliche Organe zu berücksichtigen ist.[138]

[132] Dazu *Liebscher* (Fn. 61), S. 372 ff.; *Mehrdad Payandeh*, Verfassungsgerichtliche Konturierung des Verbots rassistischer Diskriminierung, NVwZ 2021, S. 1830.

[133] Überblick zur Debatte bei *Michael Griesbeck*, Der Begriff Rasse in Artikel 3 GG – Geschichte und aktueller Stand der Diskussion, ZAR 2021, S. 400; *Tabbara* (Fn. 36), S. 594 ff.

[134] Bejahend etwa *Hans D. Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), GG, 16. Aufl. 2020, Art. 3 Rn. 151; *Werner Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2013, Bd. I, Art. 3 Rn. 139; *Baer/Markard* (Fn. 72), Art. 3 Rn. 415; *Angelika Nußberger*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 9. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 75 und Rn. 238; *Anne Peters/Doris König*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 21 Rn. 91; ablehnend *Christine Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 74. EL 2015, Art. 3 Abs. 3 Rn. 82; *Uwe Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, Stand: 15.11.2021, Art. 3 Rn. 215.

[135] Bejahend etwa *Michael Sachs*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 182 Rn. 144; *Jochen A. Frowein*, Die Überwindung von Diskriminierung als Staatsauftrag in Art. 3 Abs. 3 GG, in: FS Hans F. Zacher, 1998, S. 157; *Peter Rädler*, Verfahrensmodelle zum Schutz vor Rassendiskriminierung, 1999, S. 23 ff.; *Baer/Markard* (Fn. 72), Art. 3 Rn. 425; *Peters/König* (Fn. 134), Rn. 91; *Jarass* (Fn. 134), Art. 3 Rn. 150; *Nußberger* (Fn. 134), Art. 3 Rn. 237; *Sigrid Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 137 sowie Rn. 146 ff.; das entsprechende „Potenzial“ von Art. 3 Abs. 3 GG betonend *Robert Uerpmann-Wittzack*, Gleiche Freiheit im Verhältnis zwischen Privaten: Artikel 3 Abs. 3 GG als unterschätzte Verfassungsnorm, ZaöRV 68 (2008), S. 359 (362 ff.); dagegen *Heun* (Fn. 134), Art. 3 Rn. 139; *Langenfeld* (Fn. 134), Art. 3 Abs. 3 Rn. 83 ff.; *Kischel* (Fn. 134), Art. 3 Rn. 210; *Britz* (Fn. 109), S. 361 ff.; *Matthias Jestaedt*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2005), S. 298 (339 ff.).

[136] Für die Zulässigkeit (am Beispiel der Diskussion um Quoten im öffentlichen Dienst) *Thomas Groß*, Die Verfassungskonformität einer Quote für Eingewanderte, JZ 2021, S. 880; dagegen *Christian F. Majer/Arne Pautsch*, „Positive Diskriminierung“ – Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von „Migrantenquoten“ und Bevorzugung wegen Migrationshintergrundes beim Zugang zum öffentlichen Dienst, ZAR 2020, S. 414.

[137] Zum Konzept der Autorität im Zusammenhang mit Rechtsauffassungen *Mehrdad Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 134 ff.

[138] Hierzu mit weiteren Nachweisen *Mehrdad Payandeh*, Rechtsauffassungen von Men-

Dass der Ausschuss auch Empfehlungen ausspricht, die über den verbindlichen Gehalt der Konvention hinausgehen, steht dem nicht entgegen. Denn der Ausschuss bringt klar sein Verständnis vom spezifisch rechtlichen Gehalt der Konvention zum Ausdruck: im Staatenberichtsverfahren, wenn er sich zu Fragen der Vereinbarkeit der innerstaatlichen Rechtslage oder Verwaltungspraxis mit dem Übereinkommen verhält; im Individualbeschwerdeverfahren, wenn er konkrete staatliche Maßnahmen darauf überprüft, ob sie Rechte aus dem Übereinkommen verletzen; und im Rahmen von General Recommendations, wenn der Ausschuss konkret darlegt, welche rechtlichen Vorgaben er den einzelnen Vorschriften des Übereinkommens entnimmt. Die Autorität des Ausschusses im Rahmen der Auslegung der Konvention folgt dabei zum einen aus dem Übereinkommen selbst, das dem Ausschuss die Aufgabe zuweist, die Einhaltung der Verpflichtungen durch die Staaten zu überwachen. Zum anderen stellt die Akzeptanz der Vertragsstaaten, die die Entscheidungen des Ausschusses zwar punktuell kritisieren, die wesentlichen Linien seiner Auslegungspraxis aber akzeptieren und in ihre Staatenpraxis aufnehmen, einen bei der Auslegung des Abkommens zu berücksichtigenden Umstand dar.[139]

Die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik nach dem im Lichte der Praxis des Ausschusses auszulegenden Übereinkommen entfalten dabei Wirkungen in der deutschen Rechtsordnung. Als völkerrechtlicher Vertrag, dem der deutsche Gesetzgeber nach Art. 59 Abs. 2 GG zugestimmt hat,[140] kommt dem Übereinkommen innerstaatliche Geltung zu. Es nimmt an der Bindung an Recht und Gesetz nach Art. 20 Abs. 3 GG teil.[141] Es bindet damit nicht nur die Bundesrepublik als Völkerrechtssubjekt, sondern unmittelbar alle innerstaatlichen Träger hoheitlicher Gewalt innerhalb ihres Zuständigkeits- und Aufgabenbereichs.[142] Auch wenn völkerrechtlichen Verträgen kein Verfassungsrang zukommt, so spricht das Bundesverfassungsgericht den UN-Menschenrechtsabkommen wie der EMRK eine „verfassungsrechtliche Bedeutung als Auslegungshilfe für die Bestimmung des Inhalts und der Reichweite der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes“ zu, die es, zum Teil unter Bezugnahme auf Art. 1 Abs. 2 GG,[143] mit dem Grundsatz der

---

schenrechtsausschüssen der Vereinten Nationen in der deutschen Rechtsordnung, NVwZ 2020, S. 125.

[139] Zur Bedeutung der nachfolgenden Praxis der Vertragsstaaten für die Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrages siehe Art. 31 Abs. 3 lit. b WVK und International Law Commission, Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, Report of the International Law Commission, Seventieth Session, General Assembly Official Records, UN Doc. A/73/10 (2018).

[140] BGBl. 1969 II, S. 961.

[141] *Heiko Sauer*, Staatsrecht III, 7. Aufl. 2022, § 6 Rn. 15, § 7 Rn. 24.

[142] Siehe BVerfGE 111, 307 (322 f., 331).

[143] BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021, 1 BvR 1541/20, Rn. 88.

Völkerrechtsfreundlichkeit begründet.[144] Zwar besteht auch insofern keine verfassungsrechtliche Pflicht, Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG in identischer Weise auszulegen wie der CERD die Verpflichtungen des ICERD auslegt, aber zumindest eine generelle Pflicht zur Berücksichtigung der völkerrechtlich verbindlichen Vorgaben[145] – eine Pflicht, der im deutschen verfassungsrechtlichen Diskurs gerade im Zusammenhang mit dem Verbot rassistischer Diskriminierung regelmäßig nur wenig Aufmerksamkeit geschenkt wird.[146] Durchschlagende Gründe dafür, den persönlichen Schutzbereich von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG enger zu ziehen als Art. 1 Abs. 1 ICERD, sind dabei nicht ersichtlich. Angesichts des ebenso interpretationsbedürftigen wie entwicklungsoffenen Begriffs der „Rasse" steht einer Berücksichtigung des Übereinkommens und der Praxis des Ausschusses in methodischer Hinsicht nichts im Wege. Und auch für die Einbeziehung mittelbarer Diskriminierungen und die Ableitung einer Schutzpflicht aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG lassen sich die völkerrechtlichen Vorgaben fruchtbar machen. Auch wenn sie nicht allgemein anerkannt sind, sind sie in der Grundrechtsdogmatik und in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bereits angelegt, und die Berufung auf völkerrechtlich verbindliche Vorgaben kann daher als weiteres Argument ins Feld geführt werden. Mit Blick auf Fördermaßnahmen zugunsten von Angehörigen diskriminierungsanfälliger Gruppen stünde schließlich ein Verständnis von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, wonach derartige Maßnahmen kategorisch ausgeschlossen wären, nicht nur in Konflikt mit der abweichenden Konzeption von „Diskriminierung" in Art. 1 Abs. 4 ICERD, sondern auch mit der klaren völkerrechtlich verbindlichen Vorgabe des Art. 2 Abs. 2 ICERD, dass derartige positive Maßnahmen unter Umständen sogar geboten sein können. Die Vermeidung derartiger Konflikte gehört zu den Kernfunktionen des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit,[147] der einer entsprechend prohibitiven Auslegung von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG damit eine Absage erteilt.

---

[144] BVerfGE 151, 1 (26 f.) unter Bezugnahme auf die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zur EMRK.

[145] Siehe BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021, 1 BvR 1541/20, Rn. 100 ff.

[146] Ein Auseinanderfallen von völkerrechtlichem Schutzniveau und Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 GG konstatiert auch *Britz* (Fn. 31), S. 388 f., ohne allerdings die Möglichkeit einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung des grundrechtlichen Diskriminierungsverbots zu erwägen.

[147] *Mehrdad Payandeh*, Völkerrechtsfreundlichkeit als Verfassungsprinzip, JÖR 57 (2009), S. 465.

Historische Einordnung und Rechtsvergleich

Das Besondere des deutschen Rassebegriffs

Rechtshistorische und rechtsvergleichende Überlegungen

Doris Liebscher

I. Zur Einleitung

In der Debatte um die Ersetzung des Begriffs Rasse im Grundgesetz wird viel darüber gestritten, ob Rasse als deutschsprachiger (Rechts-)Begriff etwas Besonderes ist.[1] „Unsere Geschichte nimmt uns in die Verantwortung mit Nazi-Begrifflichkeiten aufzuräumen", mahnt zum Beispiel Romani Rose, der Vorsitzende des Zentralrats Deutscher Sinti und Roma, der den Vorschlag des Deutschen Instituts für Menschenrechte unterstützt, das Wort „Rasse" durch die Formulierung „rassistisch" zu ersetzen.[2] Das Argument lautet hier: Rasse ist als zentraler Begriff des nationalsozialistischen Unrechts besonders belastet. Die Initiative Schwarze Menschen in Deutschland, die den Vorschlag der Ersetzung ebenfalls unterstützt, erweitert diese Kritik auf den historischen „Kontext von Versklavung, kolonialer Ausbeutung und Verfolgung in der NS-Zeit".[3]

Nach anderer Auffassung handelt es sich bei solchen Forderungen nach Ersetzung von „Rasse" durch „rassistisch" um bloße Sprachkosmetik oder um ein laienhaftes Nichtverstehen des eigentlich „polemischen Gehaltes" des juristischen Rassebegriffs in Art. 3 GG[4] – eine Formulierung, die Günter Dürigs Kommentierung aus dem Jahr 1973 entlehnt ist.[5] Am historisch Besonderen

[1] Ausführlich zur Debatte *Doris Liebscher*, Rassialisierte Differenz im antirassistischen Rechtsstaat, AöR 146 (2021), S. 87 (90 f.); *Tarik Tabbara*, Von der Gleichbehandlung der „Rassen" zum Verbot rassistischer Diskriminierung, in: Der Staat 60 (2021), S. 577 (577 f.) sowie *Judith Froese* in diesem Band, S. 49.

[2] Zentralrat Deutscher Sinti und Roma, Pressemitteilung v. 15.6.2020, https://zentralrat.sintiundroma.de/der-zentralrat-deutscher-sinti-und-roma-fordert-die-streichung-von-rasse-aus-dem-grundgesetz/, letzter Zugriff: 24.5.2022. Zu weiteren Unterstützenden des Vorschlages zählen u. a. die Bundeskonferenz der Migrantenorganisationen, der Türkische Bund Berlin-Brandenburg, der Zentralrat der Juden in Deutschland, der Zentralrat der Muslime in Deutschland.

[3] Initiative Schwarze Menschen in Deutschland, Stellungnahme zum Diskussionsentwurf des BMJV v. 11.2.2021, https://isdonline.de/stellungnahme-zum-diskussionsentwurf-des-bmjv-zur-ersetzung-des-begriffs-rasse-in-art-3-abs-3-s-1-gg/, letzter Zugriff: 24.5.2022.

[4] Vgl. die Beiträge von *Uwe Kischel* und *Michael Sachs* in diesem Band.

[5] *Günter Dürig*, in: ders./Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, Stand: Mai 1973, Art. 3 Abs. 3 Rn. 61.

des deutschen Beispiels hält indes auch diese Rechtsauffassung fest, insofern sie Rasse in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG als juristischen Gegenbegriff zu den Nürnberger Rassegesetzen interpretiert und den Anwendungsbereich der Vorschrift auf ausdrückliche Bezugnahmen auf biologistische Rassenideologeme beschränken möchte.[6]

An diesem Verweis auf das Besondere und damit auch auf das Extreme des nationalsozialistischen Unrechtsregimes setzt die Critical Race Theory an. Diese bisher vor allem im nordamerikanischen und im britischen Raum etablierte Forschungsrichtung vermisst das Feld Rassismus und Recht seit Langem aus rechtswissenschaftlicher, interdisziplinärer sowie transnationaler Perspektive und ist insofern ein wichtiger Impuls für die deutsche Rechtswissenschaft.[7] Eine zentrale These von Critical Race Theory lautet „race is global". Vor diesem Hintergrund kritisieren einige europäische Vertreter*innen von Critical Race Theory die Betonung der spezifischen Semantik des deutschsprachigen „Rasse" als falsche Tabuisierung des Begriffs, den sie sozialkonstruktivistisch interpretieren und rassismuskritisch aneignen wollen.[8] „Den deutschen Kontext zu exzeptionalisieren", hieße, sich transnationalen und relationalen Verknüpfungen von rassistischen Diskursen und Praxen zu verschließen.[9] Insbesondere sei es zurückzuweisen, dass der „deutsche Kontext und der ‚deutsche Rassismus' wegen des Holocaust ideologisch und historiographisch als exzeptionell konstruiert wird".[10] „Exzeptionell" wird hier uneindeutig verwendet. Als Kritik an der Vernachlässigung transnationaler Verknüpfungen bedeutet „exzeptionell" besondere nationale Ausgangsbedingungen, Verwendungsweisen und Wirkungen herauszustellen – die präzisere Formulierung wäre „spezifisch". Als Kritik an einer Betonung des Holocaust verweist „exzeptionell" eher auf die eigentliche Semantik des Begriffs als außergewöhnlich, einzigartig oder präzedenzlos im Sinne von qualitativer Beispiellosigkeit. Schließlich könnte auch singulär im Sinne von unwiederholbarer Einzigartigkeit gemeint sein.

Den transnationalen Verknüpfungen von Rassediskursen, den spezifischen Semantiken von *race*/Rasse und auch der Frage nach der Präzedenzlosigkeit nationalsozialistischen Rasserechts gehe ich im Folgenden rechtshistorisch und rechtsvergleichend nach. Dazu arbeite ich erstens heraus, dass Rasse als Begriff des Rechts von genuiner Ambiguität ist (II.). Daran anschließend (III.) untersuche ich die spezifische Genealogie von Rasse als Begriff des in inter- und transnationale Bezüge eingebetteten deutschen Rechts, wobei vor allem das US-ame-

---

[6] *Dürig* (Fn. 5), Art. 3 Abs. 3 Rn. 61.

[7] *Mathias Möschel*, Law, Lawyers and Race: Critical Race Theory from the US to Europe, 2015.

[8] Siehe *Cengiz Barskanmaz* in diesem Band, S. 106.

[9] *Cengiz Barskanmaz*, Rasse – Unwort des Antidiskriminierungsrechts, in: KJ (44) 4/2011, S. 382 (387).

[10] *Ders.*, Critical Race Theory in Deutschland, https://verfassungsblog.de/critical-race-theory-in-deutschland/, Verfassungsblog, Stand: 24.7.2020.

rikanische Recht referenziert wird. Dort gibt es eine lange Tradition verfassungsrechtlicher Bezüge auf *race*, die sich in einer umfänglichen Rechtsprechung und Literatur niederschlägt. Hinzu kommt der Einfluss des US-amerikanischen Antidiskriminierungsrechts auf Art. 3 GG und auf das europäische Antidiskriminierungsrecht. Im Fazit und Ausblick (IV.) frage ich, inwiefern die Ersetzung durch den Begriff „rassistisch" weniger Ambivalenz und mehr Klarheit verspricht.

II. Zur genuinen Ambiguität von Rasse als Rechtsbegriff

1. Affirmative und kritische Verwendungen

Als Begriff des Rechts ist Rasse mindestens zwiespältig. Denn der Begriff ist zugleich ein Konzept rassistischen Rechts und eine Kategorie des Rechts gegen Rassismus, wobei ersteres historisch letzterem voraus ging. Deutlich zeigt das die Entstehungsgeschichte von Art. 3 Abs. 3 GG, der nicht verstanden werden kann, ohne die Nürnberger Rassengesetze[11] und das alliierte Kontrollratsgesetz Nr. 1, wonach keine deutsche Gesetzesverfügung mehr anzuwenden sei, durch die „irgendjemand auf Grund seiner Rasse […] Nachteile erleiden würde"[12]. Der Begriff hat also eine affirmative Bedeutung, die menschliche Differenz verabsolutiert und damit Diskriminierung und Gewalt rechtfertigt. Andererseits gibt es auf den Begriff kritische Bezugnahmen, die auf den Abbau von Rassismus und damit auch von Rassenkonstruktionen zielen. Deutlich wird das an der in Art. 1 Abs. 1 UN-Konvention gegen Rassismus (ICERD) gewählten Formulierung, in dem Übereinkommen bezeichne rassistische Diskriminierung eine Unterscheidung, die zum Ziel oder zur Folge habe, das gleichberechtigtes Leben von Menschenrechten zu beeinträchtigten. Auch das Adjektiv *critical* in Critical Race Theory weist eine rassismuskritische Bezugnahme aus.

Diese Ambiguität prägt die Begrifflichkeit weltweit. Rechtsanwender*innen in Deutschland, in den USA und in Südafrika, in Spanien oder Japan müssen mit dem Dilemma umgehen, dass das deutsche Wort Rasse, das englische *race*, das spanische *la raza* oder das japanische *djintsche* auch eine rassistische Begriffs- und Rechtsgeschichte haben.[13] Dass man die Geschichte des Begriffs

---

[11] RGBl. I S. 1146, zusammen mit ihren Erläuterungen und späteren Verordnungen und Erlassen bildeten das strafrechtliche Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre, auch Blutschutzgesetz, und das Reichsbürgergesetz die Grundlage für den Versuch, die Rassenlehre rechtswissenschaftlich zu verankern und zu exekutieren. Umfassend zum Gesetzeswerk *Cornelia Essner*, Die „Nürnberger Gesetze" oder die Verwaltung des Rassenwahns 1933–1945, 2002.

[12] ABl. des Kontrollrats in Deutschland v. 29.10.1945, S. 7.

[13] Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG: „Niemand darf wegen […] seiner Rasse […] bevorzugt oder benachteiligt werden." 15. Zusatzartikel der US-amerikanischen Verfassung: „The right of citi-

Rasse von historisch spezifischen Formen der Ausbeutung, Gewalt und Unterdrückung nicht trennen kann, ist wohl unbestritten.[14] Der Terminus Rassismus weist diese Entstehungs- und Wirkgeschichte rassischer Kategorien aus. Begriffshistorisch gewinnt „Rassismus“ um einiges später als „Rasse“ an Bedeutung, erst im frühen 20. Jahrhundert findet er Eingang in wissenschaftliche Debatten,[15] Ende der 1960er Jahre in internationale Dokumente.[16] Bei der gemeinsamen Geschichte des Rassismus beginnen aber auch schon die Unterschiede. Rassismus ist einerseits ein globales Phänomen, zugleich aber historisch spezifisch, „je nach der bestimmten Epoche, nach der bestimmten Kultur, nach der bestimmten Gesellschaftsform, in der er vorkommt“.[17] Es gibt „eine allgemeine Geschichte des Rassismus und eine Geschichte partikulärer Rassismen“[18]. Affirmative Rassekonzeptionen kategorisierten in unterschiedlichen Zeiten, Regionen und nationalen Kontexten verschiedene Bevölkerungsgruppen und hatten dabei auch besondere rechtliche Bedeutungen und Funktionen. Besonders meint hier *spezifisch* im Sinne besonderer Ausgangsbedingungen, Verwendungsweisen und Wirkungen.

2. Trans- und internationale Bezugnahmen angesichts nationaler Spezifika

Der Übergang von einer affirmativen, rassistischen zu einer den Rassismus ablehnenden, kritischen Begriffsverwendung von Rasse als Antidiskriminierungskategorie im Verfassungsrecht verkompliziert das Feld weiter, bedeutete

---

zens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of race, color, or previous condition of servitude.“ Art. 9 Abs. 3 Südafrikanische Verfassung: „The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, […] ethnic or social origin, colour, […].“ Art. 14 Spanische Verfassung: „Die Spanier sind vor dem Gesetz gleich, und niemand darf wegen […] seiner Rasse […] diskriminiert werden.“, Art. 14 Abs. 1 Japanische Verfassung: „Alle Staatsbürger sind vor dem Gesetz gleich, es gibt keine unterschiedliche Behandlung […] aus Gründen der Rasse […].“.

[14] Eindrücklich *W.E.B. du Bois*, The Souls of Black Folk 1903; *Theodore Allen*, Die Erfindung der weißen Rasse, 1998; *Georg L. Mosse*, Geschichte des Rassismus in Europa, 2006; *Christian Geulen*, Geschichte des Rassismus, 2021; *Achille Mbembe*, Kritik der schwarzen Vernunft, 2014.

[15] Zu den frühesten Werken zählen *Julian Huxley/A.C. Haddon*, We Europeans. A Survey of „Racial“ Problems, 1936; *Magnus Hirschfeld*, Racism, 1938; *Ruth Benedict*, Race: Science and Politics, 1940.

[16] Zuerst UNESCO, Race and Racial Predudice, 1967, Para. 3b.

[17] *Stuart Hall*, Rassismus als ideologischer Diskurs, in: Räthzel (Hrsg.), Theorien über Rassismus, 2000, S. 7 (11).

[18] *George M. Fredrickson*, Rassismus – ein historischer Abriss, 2004, S. 16. Die Rassismusforschung zählt dazu Anti-Schwarzen Rassismus, Antiasiatischen Rassismus, Antisemitismus, Antiziganismus, Antislawismus, antimuslimischen Rassismus und Rassismus gegen Migrant*innen (auch Fremdenfeindlichkeit).

das doch in einigen historischen Fällen, die Einflussnahme einer nationalen Rechtsordnung auf eine andere. So basiert die japanische Verfassung von 1947 auf einem Entwurf der US-amerikanischen alliierten Besatzungsregierung. Auch Art. 3 GG geht wesentlich auf den Einfluss alliierten Rechts zurück. Daraus können sich konzeptionelle Überschreibungen, Konflikte oder Friktionen ergeben, die für die Ermittlung des Inhalts rechtlicher Kategorien bedeutsam sind. Hinzu kommt die gemäß Art. 1 Abs. 2 GG verpflichtende Berücksichtigung völkerrechtlicher und EU-rechtlicher Normen bei der Auslegung des Grundgesetzes, hier können Übersetzungsleistungen nötig sein, die unterschiedlichen Semantiken Rechnung tragen.[19] Schließlich verwenden die jeweiligen Verträge, Verordnungen und Richtlinien in den jeweiligen Sprachfassungen der Vertrags- bzw. Mitgliedstaaten Begriffe, die Gemeinsames meinen und doch auch Verschiedenes bedeuten können. Letzteres zeigt sich zum Beispiel daran, dass in der deutschsprachigen Rassismuskritik statt Rasse oft auf englischsprachige Pendents, wie *race relations* oder *racial profiling* zurückgegriffen wird oder daran, dass *racial discrimination* nicht als „Rassendiskriminierung“, sondern als „rassistische Diskriminierung“ übersetzt wird.[20] Während im anglophonen Raum *racial politics* sowohl rassistische als auch antirassistische Kategorien und Politiken bezeichnen, sprechen wir in Deutschland ausdrücklich von Rassismus oder von Antirassismus und nicht von rassisch definierter Politik. Während *racial conciousness* im Englischen ein Prozess ist, indem sich Menschen politisch ihrer rassistischen Diskriminierung bewusstwerden und dies zum Ausgangpunkt empowernder Identitätspolitiken und antirassistischer Widerstandsprozesse wird, trägt der Begriff „Rassenbewußtsein“ im Deutschen eine Geschichte völkischer Vorstellungen rassisch definierter Überlegenheit im Gepäck. Auch diese sozial geteilten Verständnisse müssen bei der Diskussion über rechtliche Begriffe bedacht werden.

3. Die außerrechtliche Herkunft des Begriffs

Damit nicht genug, ist Rasse keine originär rechtswissenschaftliche Kategorie. Hinsichtlich der Diskursfelder, in denen Bedeutungsgehalte von Rasse verhandelt werden, kann mit Robert Miles zwischen dem wissenschaftlichen Gebrauch des Begriffs Rasse und dem Alltagsdiskurs (zu dem er auch den politi-

[19] BVerfG, Beschl. v. 16.12.21, 1 BvR 1541/20, Rn. 88 – *Triage*; BVerfG, Beschl. v. 6.11.2019, 1 BvR 276/17, Rn. 59 ff. – *Recht auf Vergessen II*.

[20] Bundesministerium der Justiz, Das Internationale Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (I) v. 21.12.1965, 2017, S. 6, 37 ff. Das Deutsche Institut für Menschenrechte übersetzt die geltende englische Sprachfassung der International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, ICERD, durchgehend als „Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von rassistischer Diskriminierung“ oder „Konvention gegen Rassismus“.

schen Diskurs zählt) unterschieden werden. Innerhalb des wissenschaftlichen Diskurses nennt er die Biologie, die Genetik und die Sozialwissenschaften.[21] Diese Differenzierung ist hilfreich, da biowissenschaftliches Wissen, sozial- und kulturwissenschaftliches Wissen, aber auch Alltagsverständnisse jene nichtjuridischen Wissensquellen darstellen, auf die Jurist*innen bei der Interpretation von Recht zurückgreifen, ob bewusst und ausgewiesen oder unbewusst und verdeckt. In Prozessen rechtlicher Entscheidungsfindung spielen Alltagstheorien und stereotype Operationalisierungen eine wichtige Rolle. Jurist*innen brauchen nicht anzuzweifeln, was vermeintlich jeder weiß, „Fakten können nach *common-sense*-Bewertungen erschlossen werden".[22]

Keine der im Recht vertretenen Rasse-Definitionen ist damit eine zuvorderst oder ausschließlich juristische. Wenn Rasse, wie in den immer noch meisten Kommentierungen von Art. 3 Abs. 3 GG als „Menschengruppen mit bestimmten wirklich oder vermeintlich biologisch vererbbaren Merkmalen"[23] definiert wird, dann gibt das keine neutrale juristische, sondern eine veraltete biologische Definition wieder – darauf wird noch zurückzukommen sein. Wenn Rasse dagegen sozialkonstruktivistisch im Sinne einer sozialen Zuschreibung oder einer Identitätskategorie rassisch kategorisierter Personen definiert wird, dann greift eine solche Auslegung auf sozialwissenschaftliche Theorien zurück. So beschreibt Stuart Hall *race*/Rasse als Alltagscode und als flexiblen Träger kodierter sozialer Bedeutungen, als „floating signifier", also beweglichen Signifikanten.[24] Rasse ist damit nach Hall gerade kein kategorial bestimmbarer, sondern ein unbestimmbarer Begriff. Die Bedeutung von Signifikanten kann, weil sie relational und nicht wesentlich sind, nie endgültig festgelegt werden, sondern unterliegt dem ständigen Prozess der Neudefinition und Aneignung.[25]

---

[21] *Robert Miles*, Rassismus: Einführung in die Geschichte und Theorie eines Begriffs, 1992, S. 94.

[22] *Rüdiger Lautmann*, Justiz – Die stille Gewalt, 2011, S. 76.

[23] *Werner Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2013, Bd. 1, Art. 3 Rn. 129; weitgehende Übereinstimmung: *Joachim Englisch*, in: Stern/Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2018, Art. 3 Rn. 79; *Hans D. Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), GG, 2020, Art. 3 Rn. 140; *Uwe Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, Stand: 15.5.2021, Art. 3 Rn. 223; *Angelika Nußberger*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 9. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 295; *Michael Sachs*, Besondere Gleichheitsgarantien, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 2010, § 182 Rn. 44; *Heinrich-Amadeus Wolff*, in: Hömig/ders. (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Handkommentar, 2018, Art. 3 Rn. 21. Mit kritischer Distanzierung verwenden die Formel: *Marion Eckertz-Höfer*, in: AK-GG, 3. Aufl. 2001, Art. 3 Rn. 115 f.; *Christine Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 96. EL 2021, Bd. I, Art. 3 Abs. 3 Rn. 45; *Robert Uerpmann-Wittzack*, Strikte Privilegierungs- und Diskriminierungsverbote, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 5, 2013, § 128 Rn. 54.

[24] *Stuart Hall*, Das verhängnisvolle Dreieck: Rasse, Ethnie, Nation, 2018, S. 85.

[25] *Hall* (Fn. 24), S. 85.

III. Rassistisches Recht – Historische Verwobenheiten, spezifische Semantiken

1. Rasse, eine Erfindung der europäischen Moderne zwischen Biologie und Kultur

Der erste rechtliche Bezug auf rassische Konzepte i. S. v. abstammungsbasiertem Status von Menschen geht auf das Alhambra Edikt von 1492 zurück, mit dem die *Reyes Católicos* der Königreiche Kastilien und Aragón erst die jüdische und später die muslimische Bevölkerung vor die Wahl stellten, das Land zu verlassen oder, um zu bleiben, zum Christentum zu konvertieren. Diese *conversos* oder Neuchristen galten nicht als vollwertige Christen. Das Stigma *converso* wurde vererbt – der Nachweis einer rein altchristlichen Abstammung wurde qua Statut zur Zugangsvoraussetzungen zu kirchlichen und staatlichen Ämtern oder zu höherer Bildung. Wer bis zur dritten Generation jüdische oder muslimische Vorfahren hatte, wurde davon ausgeschlossen. In der Folge wurde *la raza*, die reine Abstammung, zum entscheidenden Ordnungskriterium in der spanischen Gesellschaft und deren Kolonien in den Amerikas.[26] Da die *conversos* äußerlich nicht unbedingt erkennbar waren, griffen mit der Anwendung des Edikts Rechtsunsicherheit und Verdächtigungen um sich. Letztere verbanden sich schnell mit im christlichen Antijudaismus verbreiteten Vorstellungen, Juden würden „judaisieren", das heißt auch nach der Taufe ihren jüdischen Glauben heimlich weiter praktizieren. Juden wurden so als klandestiner und besonders gefährlicher innerer Feind einer neuen homogenen christlich-iberischen Nation konstruiert.[27] Hier taucht bereits das Spezifische des Antisemitismus auf, die Vorstellung von der Unsichtbarkeit und besonderen Gefährlichkeit des Jüdischen. Trotz dieser Bezüge besteht keine direkte historische Kontinuitätslinie dahingehend, dass sich die Nationalsozialisten am Konzept der *limpieza de sangre* orientiert hätten.[28]

Das liegt auch daran, dass *la raza* im 16. Jhd. noch nicht die Bedeutung von *la raza*, *race* oder Rasse im 18. Jahrhundert hatte, die *limpieza de sangre* war ein protorassistisches Konzept. Erst in der europäischen Moderne, die geistesgeschichtlich auf die Aufklärung, ökonomisch auf die kapitalistische Industrialisierung und politisch auf die bürgerlichen Revolutionen und die weltweite Herausbildung von Nationalstaaten verweist, entstand Rasse als grundlegende Ordnungskategorie der Weltgesellschaft.[29] Die Reformbewegung der Aufklä-

---

[26] *Léon Poliakov*, Geschichte des Antisemitismus. Die Marranen im Schatten der Inquisition, 1984, S. 39.

[27] *Hering Torres*, Rassismus in der Vormoderne: die „Reinheit des Blutes" im Spanien der Frühen Neuzeit, Rassismus, 2006, S. 219 f.

[28] *Torres* (Fn. 27), S. 238 ff.

[29] Vgl. für diese unter Historiker*innen herrschende Auffassung *Fredrickson* (Fn. 18), S. 66 ff.

rung verschob die theologisch abgesicherte Ordnung der Welt zu einer neuen säkularen Legitimationsordnung. Statt auf Gott berief sich die Rationalisierung sozialer Unterschiede nun zunehmend auf die Natur und die menschliche Vernunft. Statt Standesordnung und Religionszugehörigkeit bestimmten verkörperte Differenz (Rasse, Geschlecht) und die Stellung im ökonomischen Verwertungssystem (Klasse) die soziale Stratifikation. Dabei spielte die koloniale Eroberung der Welt eine wichtige Rolle. Naturforscher und Philosophen ordneten körperlichen Merkmalen von Menschen psychische Eigenschaften zu, verallgemeinerten, verabsolutierten und bewerteten die hergestellten Unterschiede und verbanden so naturwissenschaftliche Klassifikationssysteme mit sozialer Wertigkeit. An der Spitze der Rassenpyramide stand in allen Systemen der *homo europaeus*, die „weiße Rasse" bzw. die „kaukasische Rasse".[30] Weiß zu sein bedeutete dabei nie nur oder in erster Linie helle Hautfarbe, sondern die Befähigung zum Fortschritt.

Hier lassen sich bereits zentrale Topoi zeigen, die Rassekonstruktionen bis heute prägen. Rassezuordnungen erfolgen zentral über genealogische Abstammungs- und Zugehörigkeitsmythen. Sie sind erstens von der Grundannahme bestimmt, rassifizierte Differenz sei über biologische (Blut) und kulturelle (Religion) Eigenschaften vermittelt, die generationell weitergegeben würden – das ist ein Unterschied zu geschlechtlichen Kategorisierungen. Rassekonzeptionen, die von einer überzeitlichen Struktur naturgegebener rassischer Unterschiede zwischen Menschen ausgehen, sind biologistisch. Differenz gilt als ontologisch, weil sie in den Körpern vorliege und genealogisch weitergegeben werde. Entsprechend und zweitens gelten rassische Zuordnungen und rassialisierte Identitäten als nicht oder als nur schwer veränderbar. Das verdeutlicht die besondere Gefahr der Essentialisierung, die mit rassischen Kategorisierungen seit jeher einhergeht. Drittens drückten Bezugnahmen auf „Rasse" schon immer vor allem die Annahme unterschiedlicher Zivilisationsstufen aus, die wie ein „kultureller Code" vererbt würden, wobei die westliche, christliche Kultur als besonders rational, sittlich und kultiviert imaginiert wird. Diese Scheidung von modern/zivilisiert und unmodern/unzivilisiert ist allen Rassismen inhärent, entsprechend waren rassische Zuordnungen nie nur biologistisch, sondern von Anfang an mit immanenten Annahmen über Kultur und Religion verknüpft.

Viertens sind rassische Kategorisierungen nie wertfrei, selbst wenn sie die „Gleichheit der Rasse" propagieren. Die rassische Kategorisierung ging historisch mit einer Bewertung einher, die sich am Wertesystem der hegemonialen Gruppe orientierte und sich in Ausschlüssen der marginalisierten Gruppen von sozialem, ökonomischem und politischem Status und Einfluss niederschlug. Im

---

[30] *Immanuel Kant*, „Physische Geographie (1755–1796)", in: Preussische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Gesammelte Schriften, 1912, S. 316; *Carl von Linné*, Systema Naturae, 1758; *Johann F. Blumenbach*, Über die natürlichen Verschiedenheiten im Menschengeschlechte, 1798.

Akt der Einschließung der als different ausgewiesenen Gruppen in eine gemeinsame Welt hegemonialer Bedeutungen wurden die Kriterien der bloßen Differenzierung (zum Beispiel Phänotyp) und jene der Bewertung (zivilisiert/unzivilisiert) ununterscheidbar.[31] Wenn von rassistischer Diskriminierung als tradierter, strukturell verfestigter Benachteiligung gesprochen wird, dann ist diese Geschichte von a) tradiertem rassistischem Wissen und b) rassifiziertem und generationell weitergegebenem sozialem Status gemeint.

2. Race *und das rechtliche Erbe der Sklaverei*

Eine gesetzliche Verbriefung unterschiedlicher Rechte entlang rassischer Kriterien etablierten erstmals die sogenannten *slave codes*. Der französische *Code noir* dekretierte 1685 die Entrechtung versklavter Menschen in den französischen Kolonien mit dem Ziel ihrer ökonomischen Ausbeutung.[32] Auch die in Nordamerika erlassenen *slave codes* behandelten versklavte Menschen rechtlich als Eigentum (Sachen).[33] Der soziale Status „Sklave" wurde auf diese Weise zunehmend mit afrikanischer Abstammung und mit der Farbzuschreibung *Schwarz* assoziiert. Die *chattel slavery* wurde in Nordamerika mehrere Jahrhunderte (1619–1865) praktiziert und nach deren Abschaffung von der als Jim-Crow-System bezeichneten, rassistischen Segregation (1865–1965) abgelöst, die nun durch Gesetze der Bundesstaaten, wie den Louisiana Separate Car Act (Act 111 von 1890) festgeschrieben wurde.[34] Solche Gesetze zielten darauf ab, der Schwarzen Bevölkerung ihre nach der Abschaffung der Sklaverei 1865 in der Zeit der Reconstruction erlangten politischen Rechte als amerikanische Staatsbürger sowie ihre ökonomische Emanzipation und Bildungschancen zu nehmen.

Die Kategorisierung von Menschen als schwarz oder weiß erfolgte in den USA über die *one-drop rule*, sie machte die Zuordnung zur *colored race* an vermeintlichen Blutsanteilen fest, konkret an der generationellen Abstammung von einer vom afrikanischen Kontinent nach Amerika entführten und versklavten Person. Dabei handelt es sich um eine hypodescente Regel, was bedeutet, dass Personen mit als gemischt definierter Abstammung immer der untergeordneten Gruppe, hier der Schwarzen Gruppe zugerechnet werden. Zunächst war die *one-drop rule* nur Gewohnheitsrecht und diente vor allem der Verhinderung von gemischten Ehen. 1865 – dem Jahr der Abschaffung der Sklaverei – verab-

---

[31] *Mark Terkessidis*, Rassismus definieren, in: Foroutan et al. (Hrsg.), Das Phantom „Rasse", 2018, S. 65 (77).

[32] *Edward Rugemer*, The Development of Mastery and Race in the Comprehensive Slave Codes of the Greater Caribbean during the Seventeenth Century, in: The William and Mary Quarterly (70) 3/2013, S. 429.

[33] *Cheryl Harris*, Whiteness as Property, in: Crenshaw et al. (Hrsg.), Critical Race Theory, 1995, S. 276 (280).

[34] Diese Vorschrift lag der Entscheidung *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896) zugrunde.

schiedete dann Florida ein erstes *anti-miscegenation law*, das eheliche und sexuelle Beziehungen zwischen Schwarzen und Weißen verbot und die Zugehörigkeiten vermittels der *one-drop rule* definierte.[35] 1910 machte Tennessee die *one-drop rule* zum Gesetz. 1924 folgte Virginia mit dem Racial Integrity Act, wonach rechtlich als *colored* galt, wer einen einzigen schwarzen Vorfahren hatte. Weitere Bundesstaaten folgten.[36] Diese phänotypische Codierung von Menschengruppen prägte nachhaltig den ökonomischen, sozialen und kulturellen Status, sie stratifiziert die US-amerikanische Gesellschaft bis heute.[37] Vor diesem Hintergrund wird verstehbar, warum *race* im US-amerikanischen Alltagsdiskurs, wie auch im Rechtsdiskurs bis heute vor allem mit kolonialem bzw. Anti-Schwarzem Rassismus und mit den Attributen *Schwarz* und *Weiß* verbunden ist.

3. Hitlers amerikanisches Vorbild? US-amerikanisches und nationalsozialistisches Rassenrecht im historischen Vergleich

Wer das Eheverbot für Deutsche und Juden im nationalsozialistischen Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes von 1935 mit dem Eheverbot für Weiße und Schwarze im Racial Integrity Act von Virginia von 1924 vergleicht, wird einige Gemeinsamkeiten entdecken. Beide historischen Fälle orientierten sich an der zeitgenössischen eugenisch geprägten Rasseforschung, die international in den 1930er Jahren ihren Höhepunkt erreichte. Die Eugenik verstand jede Nation als Fortpflanzungsgemeinschaft, deren Verbesserung vom Auslöschen sogenannten degenerierten Erbgutes abhing. Die eugenische Rassenlehre ging darüber hinaus und definierte das Erbgut grundsätzlich rassisch. Deren Vertreter*innen propagierten nicht mehr nur die hierarchische Anordnung von Rassengruppen, sondern die Vorstellung, diese würden zueinander in Konkurrenz stehen – im Rassenkampf. Der zivilisatorische und auch der evolutionäre Fortschritt werde von der überlegenen, der „weißen Rasse“ getragen. Rassenmischung müsse als individuelle moralische Schwäche und als biologische Bedrohung der gesamten, rassisch imaginierten Nation verhindert – also strafrechtlich verfolgt werden. In den USA war die Eugenik-Bewegung seit der Jahrhundertwende populär, Indiana erließ 1907 das erste eugenische Sterilisationsgesetz der Nation. Der Racial Integrity Act erging nicht zufällig im selben Jahr wie der Virginia Sterilization

[35] *Ernest Jenks*, The Legal Status of Negro-White Amalgamation in the United States, in: American Journal of Sociology 21 (5/1916), S. 666.

[36] *Christine B. Hickman*, The Devil and the One Drop Rule, in: Michigan Law Review 95 (5/1997), S. 1161.

[37] Auf die Segregation in den Südstaaten folgte die Ghettoisierung in den Industriestätten der Nordstaaten (1915–1968) und die überproportionale Inhaftierung schwarzer Männer, „schwarz“ wurde nun mit „kriminell“ gleichgesetzt, *Michelle Alexander*, The New Jim Crow. Mass Incarceration in the Age of Colorblindness, 2010.

Act, beide wurden von Walter Plecker vorangetrieben, einem Apologeten von *white supremacy* und Eugeniker, der das Amt des Registrators des Virginia Bureau of Vital Statistics innehatte.

Auch die nordische Rassenlehre, die dem nationalsozialistischen Recht zugrunde lag, ging davon aus, dass die arische Rasse sich im Kampf mit der jüdischen Rasse befände.[38] Zurück geht diese Lehre auf Houston Stewart Chamberlain der 1899 Rassetheorien mit einem radikalen Antisemitismus verband.[39] Die Juden erklärte er zu einer „Bastardrasse" mit unreinem Blut inmitten eines arischen Raums und zum Hauptfeind der „germanischen Urrasse". Chamberlains Gedankengänge beeinflussten Adolf Hitlers 1925 erstmals erschienene Programmschrift „Mein Kampf" entscheidend.[40] Entsprechend schrieben Wilhelm Stuckart und Hans Globke später in ihrer Kommentierung der Nürnberger Gesetze: „Die Mischung wesensfremder Rassen zerstört die Einheitlichkeit und seelische Geschlossenheit des Volkstums."[41] Und auch hier verbanden sich Rassenmystik und Eugenik[42]: das nationalsozialistische Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses, das die Zwangssterilisation von Menschen mit vermeintlich erblichen Krankheiten vorsah, datiert bereits auf den 14. Juli 1933.

Insofern ist es nicht verwunderlich, dass sich transnationale Bezugnahmen US-amerikanischer und nationalsozialistischer Rassisten finden. Im Jahr 1935, ein Jahrzehnt nach der Verabschiedung der Eugenikgesetze in Virginia, schrieb Walter Plecker aus Virginia an Walter Gross, den Leiter des „Rassenpolitischen Amtes der NSDAP". Plecker beschrieb in seinem Brief die Rassenreinheitsgesetze von Virginia und bat darum, in Gross' Verteilerliste aufgenommen zu werden. Die heimliche Sterilisierung von 600 Kindern, die die Nazis 1937 im Rheinland durchführten (an den sogenannten „Rheinland-Bastarden", Kindern von weißen deutschen Frauen von schwarzen französischen Kolonialsoldaten)[43] kommentierte Plecker so: „I hope this work is complete and not one has been missed. I sometimes regret that we have not the authority to put some measures in practice in Virginia."[44]

---

[38] *Kevin N. Maillard*, The Pocahontas Exception: The Exemption of American Indian Ancestry from Racial Purity Law, Michigan Journal of Race & Law 12 (2007), S. 351 (365 ff.).

[39] *Houston Stewart Chamberlain*, Die Grundlagen des 19. Jahrhunderts, 1909, S. 312 ff.

[40] Zitiert nach *Wilhelm Stuckart/Hans Globke*, Kommentare zur deutschen Rassengesetzgebung, 1936, S. 2 f.

[41] *Stuckart/Globke* (Fn. 40), S. 2 f.

[42] Diese Verbindung war konflikthaft, das zeigt die Entstehungsgeschichte der Nürnberger Gesetze, *Liebscher* (Fn. 1), S. 184 ff.

[43] Eine legale Sterilisierung auf der Basis des „Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses" war nicht möglich. Zum Ganzen *Iris Wigger*, Die „Schwarze Schmach am Rhein": rassistische Diskriminierung zwischen Geschlecht, Klasse, Nation und Rasse, 2007.

[44] *John Woodrow Cox*, Death of ‚a devil', Washington Post v. 2.8.2017, www.washingtonpost.com/news/retropolis/wp/2017/08/02/death-of-a-devil-the-white-supremacist-got-hit-by-a-car-his-victims-celebrated/, letzter Zugriff: 24.5.2022.

Wer andersherum die Entstehung der Nürnberger Rassengesetze studiert, wird auf zahlreiche Referenzen nationalsozialistischer Juristen sowohl auf die *anti-miscegenation laws* und die Segregationsgesetze in den US-amerikanischen Südstaaten, als auch auf rassistische Einwanderungs-Gesetzgebung der USA stoßen.[45] James Whiteman hat dazu eine umfängliche Studie vorgelegt.[46] Er zeigt u. a., dass sich nationalsozialistische Juristen, wie Reichsjustizminister Franz Gürtner, der Rassereferent des Reichsinnenministeriums Bernhard Lösener und Roland Freisler, damals noch Staatssekretär im Reichsministerium der Justiz in der Strafrechtskommission von 1934, einem wichtigen Treffen auf dem Weg zu den Nürnberger Rassengesetzen, ausführlich mit den Rassengesetzen der USA beschäftigten.[47] Auch *Hermann von Mangoldt*, im Nationalsozialismus Professor für Öffentliches Recht zunächst in Königsberg, dann in Tübingen, 1948 dann als Mitglied der CDU vom Schleswig-Holsteinischen Landtag in den Parlamentarischen Rat gewählt und als Vorsitzender im Ausschuss für Grundsatzfragen maßgeblichen an der Ausformulierung des Grundrechtskatalogs beteiligt, hatte sich 1934, im Jahr seines Beitritts zum Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen, mit einer verfassungsrechtlichen Arbeit über die USA habilitiert. Er führte diese Arbeit in seiner Hauptschrift *Rechtsstaatsgedanke und Regierungsformen in den Vereinigten Staaten von Amerika* 1938 fort.[48] 1948, im Parlamentarischen Rat, sprach von Mangoldt nicht nur die noch bestehende, durch die Jim-Crow-Gesetzgebung angeordnete rassistische Segregation der afroamerikanischen Bevölkerung an, er verwies auch auf die an rassistischen Kriterien orientierte „Gesetzgebung über die Einwanderung".[49]

Trotz dieser Bezüge ist der Titel von Whitemans Studie, „Hitlers Amerikanisches Vorbild. Wie die USA die Rassengesetze der Nationalsozialisten inspirierten", zu reißerisch und sollte nicht dazu verleiten, Gleichsetzungen vorzunehmen.[50] Whiteman konstruiert in seinem Buch keine kausalen Ketten, die es nicht gibt und er lässt auch keinen Zweifel daran, dass sich die nationalsozialistische Verfolgung der Juden, die im Holocaust gipfelte, von den Rassegesetzen der USA im Kern wesentlich unterscheidet. Wer Whitemans Studie und wer von Mangoldts Ausführungen genau studiert, wird schnell feststellen, dass die Nationalsozialisten die US-amerikanische Rassengesetzgebung vor allem des-

---

[45] Instruktiv zu letzterem *Ian F. Haney López*, White by Law, 2006.

[46] *James Q. Whiteman*, Hitlers amerikanisches Vorbild. Wie die USA die Rassengesetze der Nationalsozialisten inspirierten, 2018.

[47] Ausführlich zu den Diskussionen in der Kommission *Liebscher* (Fn. 1), S. 187 ff.

[48] Siehe den Beitrag von *Mathias Hong* in diesem Band, S. 277 ff.

[49] Deutscher Bundestag/Bundesarchiv, Der Parlamentarische Rat, 1948–1949. Akten und Protokolle, Bd. 5/I, S. 741.

[50] Grundsätzliche Kritik an Whitemans Studie formuliert *Götz Aly*, Einfluss hat Grenzen, Die Zeit v. 6.4.2018, www.zeit.de/2018/15/hitlers-amerikanisches-vorbild-james-q-whitman-sachbuch, letzter Zugriff: 24.5.2022.

halb nicht kopierten, weil sie sich ideologisch zuvorderst am Antisemitismus orientierten. *Race* war auch in den 1930er Jahren nicht gleich Rasse. Der Jurist Fritz Grau, Ministerialrat im Reichsjustizministerium erläuterte 1934, warum sich Segregation nicht für die deutschen Verhältnisse eigne:

„Bei den anderen Völkern und ich denke in erster Linie an Nordamerika, das ja sogar Gesetze in dieser Richtung hat, handelt es sich um ein anderes Problem, nämlich um das Problem der Fernhaltung der Angehörigen farbiger Rassen, ein Problem, das in Deutschland bei uns so gut wie keine Rolle spielt. Bei uns ist das Problem ganz scharf abgestellt auf die dauerhafte Fernhaltung der Juden, dass sie ganz zweifellos einen Fremdkörper im deutschen Volk darstellen. […] Nur auf dem Wege der gesellschaftlichen Absonderung und Abtrennung wird dieses Ziel nach meiner Überzeugung so lange nicht gelingen, solange die Juden in Deutschland noch eine ganz außerordentliche wirtschaftliche Macht darstellen“.[51]

Reichsjustizminister Franz Gürtner schließlich, zeigte mit Blick auf die USA enttäuscht,

„dass diese Rassengesetzgebung sich nicht gegen die Juden richtet, sondern dass die Juden geschützt werden, da die Juden zur kaukasischen Rasse gerechnet werden, die schlechthin das Gegenteil aller farbigen Rassen ist. Damit ist nichts anzufangen, denn es würden konträre Wirkungen damit erzielt.“[52]

Hier wird deutlich, was Wulf D. Hundt in seiner historischen Studie zum Konzept von Weißsein in Deutschland meint, wenn er formuliert: „Für den nationalsozialistischen Antisemitismus war ‚weiß' kein Differenzbegriff.“[53]

Während Rasseordnungen in den bisherigen Rassetheorien zudem als streng hierarchisch imaginiert wurden, wobei die „weiße“ Rasse an der Spitze stand, galten Juden im völkischen Rassenantisemitismus nicht als unterlegene Rasse, sondern als „Gegenrasse“. Da Juden seit mehr als einem halben Jahrhundert deutsche Staatsbürger*innen mit gleichen Rechten waren, musste ihre Gefährlichkeit für die „arische Rasse“ erst rassenideologisch und durch das Phantasma einer jüdischen Weltverschwörung konstruiert werden. Juden wurden zwar auch als schmutzig, tierähnlich und triebhaft und damit minderwertig dargestellt, auf der anderen Seite als einflussreiche, kosmopolitische Gefahr, der es an natürlicher Verwurzelung fehle. „Während die Afroamerikaner nicht modern genug waren, waren die Juden zu modern“, hat Frederickson unterschiedliche Projektionen im weißen Überlegenheitsrassismus und im Antisemitismus zusammengefasst.[54] „Der Jude“ symbolisierte damit nicht nur das Andere, son-

[51] Zitiert nach *Whiteman* (Fn. 46), S. 124.
[52] Zitiert nach Schubert et al. (Hrsg.), Quellen zur Reform des Straf- und Prozessrechts, II. Abteilung, Band 2, Protokolle der Strafrechtskommission des Reichsjustizministeriums, 1989, S. 282.
[53] *Wulf D. Hundt*, Wie die Deutschen weiß wurden, 2017.
[54] *Fredrickson* (Fn. 18), S. 94.

dern auch das Dritte, den absoluten Widerspruch.[55] Diese Besonderheit stellt die Rassismus- und Antisemitismusforschung bis heute vor die Herausforderung, Rassismus und Antisemitismus im Verhältnis zueinander zu bestimmen. Entsprechend der antisemitischen Grundierung vollzog sich die rechtliche Grenzziehung im NS nicht nur, aber vor allem gegen Juden.[56] Hinzu kam die rassistisch-sozialdarwinistisch begründete Vernichtung von Sinti und Roma im Nationalsozialismus, auch sie folgte weniger einer Ausbeutungs- und Separierungsmission als einer Mission der „Vernichtung durch Arbeit" jener, die „asozial" und Erziehung „nicht zugänglich" seien.[57]

Die rassische Erfassung der Juden, Sinti und Roma war entsprechend akribischer und die Durchsetzung der nationalsozialistischen Rassengesetze fanatischer, als die rassistische Praxis jenseits des Atlantiks. Das zeigt wiederum eine Betrachtung von Mangoldts, der 1939 in seinem Aufsatz *Rassenrecht und Judentum*, die Nürnberger Rassengesetze und andere europäische rassenrechtliche Regelungen, mit denen der angelsächsischen Länder verglich: „Die Geschichte der Völker aller Kontinente zeigt deutlich die Gefahren, die aus einer Vermischung des eigenen mit stark artfremdem Blute drohen. Immer wieder haben daher die Völker zu den einschneidenden Maßnahmen gegriffen, um einer solchen Überfremdung vorzubeugen. Niemals vorher ist die ganze Frage aber mit der gleichen Schärfe wie heute im Dritten Reiche und in einzelnen anderen mitteleuropäischen Ländern als Rassenproblem erkannt und gleichzeitig auch in der Gesetzgebung als solches behandelt worden".[58] Die Erklärung „für diese Ausgestaltung unserer Rassenrechte" fand von Mangoldt „in den in Mitteleuropa gegebenen Bevölkerungsverhältnissen", die er so beschrieb: „Die Gefahr der Rassenüberfremdung drohte hier ernstlich nur von den Juden. Kein anderes artfremdes Volk hat in diesem Raume auch nur annähernd so hohe Zahlen wie sie erreicht."[59]

Die US-amerikanischen Rassengesetze zielten – wie auch das Deutsche Kolonialrecht – auf Segregation zur Aufrechterhaltung von Herrschaft und Ausbeutung sowie auf gezielte Naturalisierung (Einwanderung und Einbürgerung) zur kontrollierten Verhinderung von Assimilation.[60] Dagegen waren die Rassengesetze der Nationalsozialisten auf den Ausschluss von bereits bestehenden Rechten, sowie auf Deportation und schließlich Vernichtung angelegt. Auch für die ideologische Fundierung des nationalsozialistischen Rechts bedurfte es keiner

---

[55] *Klaus Holz*, Gegenwart des Antisemitismus, 2005, S. 30 ff.

[56] Zur Kategorisierung und Verfolgung von Sinti, Roma und Schwarzen Menschen im NS *Liebscher* (Fn. 1), S. 195 ff.

[57] RG 1943 516 Nr. 8, zitiert nach *Gerhard Werle*, Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, 1989, S. 461.

[58] *Hermann von Mangoldt*, Rassenrecht und Judentum, in: Württembergische Verwaltungszeitschrift 35 (3/1939), S. 49.

[59] *Von Mangoldt* (Fn. 58), S. 49.

[60] Zum deutschen Kolonialrasserecht *Liebscher* (Fn. 1), S. 158 ff.

Rückgriffe auf koloniale bzw. Anti-Schwarze Rassentheorien. Die soziale und juristische Rassialisierung von Sinti*zze und Rom*nja stützte sich auf antiziganistische Ressentiments, die seit dem 16. Jahrhundert in Europa kursierten, ihre rechtliche Kriminalisierung setzte bereits 1871 ein und setzte sich auch in der Weimarer Republik fort. Der völkische Rassenantisemitismus der Nationalsozialisten zeichnete sich durch eine Verbindung von Rassentheorien, Antisemitismus und Nationalismus mit antimodernen religiösen Reformideen aus und konnte auf einem jahrhundertealten europäischen Antijudaismus aufbauen.

Noch ein weiterer Aspekt macht das deutsche Beispiel außergewöhnlich. „Das gesamte heutige deutsche Recht […] muss ausschließlich und allein vom Geist des Nationalsozialismus beherrscht sein“, formulierte 1934 Carl Schmitt.[61] Die Idee einer rassisch verstandenen und rein zu haltenden Volksgemeinschaft war nicht nur Grundlage der Nürnberger Gesetze, als übergesetzliche Rechtsnorm prägte sie das gesamte deutschen Recht.[62] Die deutsche Gesetzgebung beruhte ab 1933 auf dem antisemitisch-völkischen Parteiprogramm der NSDAP, das die Nürnberger Gesetze programmatisch vorwegnahm: „1. Staatsbürger kann nur sein, wer Volksgenosse ist. Volksgenosse kann nur sein, wer deutschen Blutes ist, ohne Rücksichtnahme auf Konfession. Kein Jude kann daher Volksgenosse sein“.[63]

Der Geltungsanspruch des gesamten Gesetzesrechtes wurde „an die völkische Rechtsidee“[64] gebunden. Ausdruck fand dies erstmals im Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums[65] und dem Gesetz über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft[66]. Beide Gesetze wurden am 7. April 1933 verabschiedet, ein Jahr später urteilte das Reichsgericht, durch diese Gesetze habe der Staat die Bedeutung des „Rassenunterschiedes“ zwischen Juden und Ariern anerkannt.[67] Die Gerichte ließen das NSDAP-Parteiprogramm im Wege der Auslegung als Recht übergesetzlichen Ranges in die Gesetzesanwendung einfließen. Ausgehend von dieser juristischen Argumentationsbasis konnten beliebige Abstufungen und Verschärfungen der nationalsozialistischen Rassenpolitik als wissenschaftlich gebotener Inhalt des geltenden Rechts ausgegeben werden.[68] Das Reichsarbeitsgericht bezeichnete Punkte des Parteiprogramms der NSDAP mehrfach als „Verfassungsgrundsätze“ und legte sie als „Ziele der

---

[61] *Carl Schmitt*, Nationalsozialismus und Rechtsstaat, in: Juristische Wochenschrift 1934, S. 713 (717).

[62] *Dietmut Majer*, Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems: Führerprinzip, Sonderrecht, Einheitspartei, 1987.

[63] 25-Punkte-Programm der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei v. 24.2.1920.

[64] *Karl Larenz*, Über Gegenstand und Methode des Völkischen Rechtsdenkens, 1938, S. 26.

[65] RGBl I, 175.

[66] RGBl I, 188.

[67] RG v. 12.7.1934, IV 89/34, RGZ 145, 8, 10.

[68] *Bernd Rüthers*, Recht als Waffe des Unrechts – Juristische Instrumente im Dienste des NS-Rassenwahns, NJW 45/1988, S. 2825 (2833).

Staatsführung in der Judenfrage“ seinen Entscheidungen zugrunde.[69] Auch das Reichsgericht verwies zur Erläuterung der „Rasseverschiedenheit“ auf das Parteiprogramm der NSDAP.[70]

Diese dem Recht zugrunde liegende Idee einer rassisch verschiedenen Menschheit ging mit der der völligen Ablehnung des universalistischen Gleichheitsanspruchs der Aufklärung und der Idee gleicher Rechte einher. „Die nationalsozialistischen Rassengesetze, das Gesetz gegen die Neubildung politischer Parteien, das Sterilisationsgesetz – sie alle wenden sich vom formalen Gleichheitssatz ab, um eine wirkliche art- und wesensmäßige Gleichheit zum Siege zu führen“, formulierte 1939 Ernst Rudolf Huber.[71] Dies ist ein weiterer und entscheidender Unterschied zu den USA, wo dieser Gleichheitsanspruch zur gleichen Zeit in der Verfassung verankert war. Auf diese Verfassungsgrundsätze bezogen sich Bürgerrechtsorganisationen, wie die National Association for the Advancement of Colored People (NAACP) und die American Civil Liberties Union (ACLU) seit der Jahrhundertwende im juristischen Kampf gegen die rassistischen Segregationsgesetze und Eheverbote in den Bundestaaten des Südens.

Diese kurze, vergleichende Analyse des historischen Rasserechts zeigt: der deutsche Kontext wird nicht, „ideologisch und historiographisch als exzeptionell konstruiert“, wie es die These vom „deutschen Exzeptionalismus“ behauptet.[72] Der nationalsozialistische Rassebegriff und das nationalsozialistische Rasserecht waren historiographisch und ideologisch spezifisch und auch von bis dahin qualitativer Beispiellosigkeit, also präzedenzlos. Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden untersucht, wie sich die spezifischen rechtlichen Diskurs- und Wirkungsgeschichten von *race* und Rasse auf das Recht gegen Rassismus nach 1945 dies- und jenseits des Atlantiks auswirkten.

4. Recht gegen Rassismus – transatlantische Kontinuitäten und kontinentaleuropäische Besonderheiten

Der völkische Rassediskurs war nach 1945 desavouiert. Juden galten nun nicht mehr als Rasse, sondern als Angehörige einer Religionsgemeinschaft, als Ethnie oder als Nation. Dies war ein Erfolg im Kampf gegen den Rassenantisemitismus und das entsprach auch dem Selbstverständnis von Juden und Jüdinnen. Damit ging aber auch die „Desartikulation von Antisemitismus aus dem Rassebegriff“ einher.[73] Verstärkt wurde dies durch den Einfluss, den die US-amerikanische

[69] *Rüthers* (Fn. 68), S. 2833.
[70] RG v. 12.7.1934, RGZ 145, 1 (4 f.).
[71] *Ernst Rudolf Huber*, Verfassungsrecht des Grossdeutschen Reiches, 1939, S. 260 f.
[72] *Barskanmaz* (Fn. 10).
[73] *Heide Fehrenbach*, Die Beharrlichkeit eines Konzepts. Gedanken zu race und ‚Rasse‘ in

alliierte Besatzung auf das Recht und die Gesellschaft in Deutschland nahm[74], durch die internationale Vormachtstellung der USA und die Blockbildung im Kalten Krieg. Auf diese Weise näherten sich sowohl internationale Debatten als auch die deutsche Gesellschaft an das angloamerikanische Verständnis von *race* an, welches sich weiter im Wesentlichen an der *colorline* orientierte.[75]

a) Das Schwarz-Weiß Paradigma im US-amerikanischen Recht gegen Rassismus

Das das rassistische Recht der USA prägende Schwarz-weiß-Paradigma setzte sich auch im Recht gegen Rassismus fort. Bereits in den ersten Entscheidungen des U.S. Supreme Court zur Equal Protection Clause, der Gleichbehandlungsklausel in Absatz 1 S. 2 des 14. Zusatzartikels der US-Verfassung, erklärte der Gerichtshof: „The clause which forbids a state to deny to any person the equal protection of the laws was clearly intended to prevent the hostile discrimination against the negro race so familiar in the States where he had been a slave […].“[76]Auch in späteren Entscheidungen stellte der Gerichtshof klar, dass die Klausel vor allem die Diskriminierung von Afroamerikaner*innen als „citizens of specified race and ancestry“ erfasse.[77] Juden, ebenso wie Sinti und Roma, Menschen aus arabischen Ländern, aus Süd-und Osteuropa und Muslime gelten im politischen, juristischen und im Alltagsverständnis der USA nicht als *specified race*, sondern als *religion* oder *ethnicity.* Das spiegelt sich auch im US-amerikanischen Zensus wieder, der sich bis heute an festen Rassekategorien orientiert, aktuell sind das: *White, Black or African American, American Indian or Alaska Native, Asian, Native Hawaiian or Other Pacific Islander.* Der Zensus definiert als „White – A person having origins in any of the original peoples of Europe, the Middle East, or North Africa“ und als „Black or African American – A person having origins in any of the Black racial groups of Africa.“[78] Die Erfassung erfolgt seit 1980 auf der Basis von Selbstidentifizierung und dient der Erhebung von Gleichstellungsdaten, Zugehörigkeit wird hier aber weiter ausschließlich über biogeografische Abstammung bestimmt.

Gerichtsentscheidungen gelangen daher nur durch den Rückgriff auf die Formel des *original intent* des Verfassungs- oder Gesetzgebers zu einer Verurteilung wegen Diskriminierung von all jenen Gruppen, die im Zensus als White

den USA, Deutschland und Europa nach 1945, in: Lisa Bolyos, Katharina Morawek (Hrsg.), Kunst und Geschichtspolitik im Postnazismus, 2012, S. 324 (330).

[74] Zum Einfluss auf das Grundgesetz *Liebscher* (Fn. 1), S. 306 ff.

[75] *Rita Chin/Heide Fehrenbach*, What's Race Gotto Do with it?, in: Chin et al. (Hrsg.), After the Nazi Racial State, 2009, S. 18 f.

[76] *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. 36, 38 (1873).

[77] *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 21 (1948); *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, 490 (1954).

[78] U.S. Census Bureau, www.census.gov/topics/population/race/about.html, letzter Zugriff: 24.5.2022.

gelten.[79] Weil Juden und Araber im 19. Jahrhundert als „distinct race" angesehen worden seien, seien diese nach der ursprünglichen Intention geschützt, heute seien sie dagegen Teil der *Caucasian race*, so die bisher ständige Supreme Court-Rechtsprechung unter semantischen Rückgriff auf die rassenanthropologische Kategorie Johann Friedrich Blumenbachs, der 1775 die „Europäer" als „kaukasische Rasse" klassifizierte, die er als „Stammrasse" an die Spitze seiner Einteilung der Menschheit stellte.[80] Formen rassistischer und antisemitischer Diskriminierung jenseits biologistisch-anthropologischer Rasseeinteilungen sind unter diesem engen Verständnis von *race* nur schwer zu adressieren. Wer, wie Juden, als „weiß" gilt, bleibt dann schutzlos oder wird gezwungen, sich strategisch in rassische Kategorien einzuordnen, denen zu entkommen doch gerade erkämpft werden sollte. So wurde aus Perspektive der amerikanischen jüdischen Bevölkerung der erreichte Schritt zur Emanzipation durch den Zwang zur Selbstrassialisierung wieder in Frage gestellt.[81]

Vermittels des historischen Tests für die Mitgliedschaft in einer geschützten Rasse revitalisiere der Supreme Court „das spezifische kategorische Denken über die in den 1860er Jahren vorherrschende Rasse", gab Martha Minow zu Denken.[82] Aus der Klassifikation von Juden und anderen ethnisch definierten Gruppen als *white*, ergeben sich jenseits dieser Essentialisierungsgefahr auch handfeste Schutzlücken. Denn die *original intent* Formel ergibt nach Auffassung der Gerichte, dass Juden 1964 keine *distinct race* mehr waren, sich also nicht auf den Titel VI des Civil Rights Act 1964 berufen können, der im Anwendungsbereich Bildung ausschließlich vor Diskriminierung aufgrund von „race, color, and national origin" schützt.[83]

Das führt zu einem absurden Ergebnis. Wenn jüdische oder muslimische Studierende an einer Universität antisemitisch oder rassistisch diskriminiert werden, bleiben sie rechtlich schutzlos und sie können als solche auch nicht von *affirmative-action*-Maßnahmen profitieren. Als Angehörige der *white race* könnten sie jedoch gegen *affirmative-action*-Maßnahmen an Universitäten zugunsten von Afroamerikanern klagen.[84] Zurück geht dies auf ein antiklassifikatorisches

---

[79] *Shaare Tefila Congregation v. Cobb*, 481 U.S. 615 (1987), *Francis Coll. v. Al-Khazraji*, 481 U.S. 604 (1987), Besprechung der Entscheidungen bei *Doris Liebscher*, Sind Juden weiß? Von den Schwierigkeiten des rechtlichen Umgangs mit Antisemitismus, Jahrbuch für Antisemitismusforschung, 2020, S. 422.

[80] *Blumenbach* (Fn. 30), S. 204.

[81] *Eric L. Goldstein*, The Price of Whiteness: Jews, Race, and Identity, 2007, S. 225 f.; *Kenneth Marcus*, Jewish Identity and Civil Rights in America, 2010, S. 98 ff.

[82] *Martha Minow*, The Supreme Court, 1986 Term, Harvard Law Review 101/1 (1987), S. 7 (21 f.).

[83] *Bonadona v. La. Coll.*, U.S. District Court Western District of Louisiana, 28.8.2019, 1:18-cv-00224.

[84] Das haben sie nie getan, bisherige Klagen gegen Affirmativ Action wurden von Angloamerikaner*innen erhoben, siehe nur *Fisher v. University of Texas*, 579 U.S. 365 (2016). Der beim U.S. Supreme Court anhängige Fall *Students for Fair Admissions, Inc. v. President and*

Verständnis der Equal Protection Clause und auf ein symmetrisches Verständnis von Diskriminierungskategorien im Sinne unverfügbarer Eigenschaften oder Identitätsmerkmale (*immutable characteristics)* zurück.[85] Für Maßnahmen, die mit inklusiver Zielrichtung an *race* anknüpfen, bedeutet das, sie werden mit solchen Maßnahmen gleichstellt, die rassistisch segregieren und benachteiligen. Der Supreme Court versteht positive Maßnahmen tatbestandlich als Diskriminierung und unterwirft sie einem sehr strengen Rechtfertigungsmaßstab.

Das ähnelt dem relativen Anknüpfungsverbot im deutschen Verfassungsrecht und entspringt hier wie dort auch dem von der Critical Race Theory als *post-racialism* kritisierten Glauben, dass der Staat aufgrund der bereits erreichten Gleichstellungsfortschritte rassialisierte Differenz nicht mehr berücksichtigen müsse und dürfe, weder in politischen Entscheidungen noch in positiven Maßnahmen.[86] Vor diesem Hintergrund macht sich Critical Race Theory erstens für ein sozialkonstruktivistisches und zweitens für ein asymmetrisches Verständnis von *race* stark. Antisemitismus und Formen von kulturalistischem Rassismus bleiben aufgrund des Schwarz-Weiß-Paradigmas jedoch auch eine Lehrstelle von Critical Race Theory.[87]

b) Gleichzeitigkeiten, Ungleichzeitigkeiten und spezifische Semantiken dies- und jenseits des Atlantiks

Die Equal Protection Clause verbietet Diskriminierung *on account of race* seit 1868, der 15. Zusatzartikel der Verfassung, der die Einschränkung des verfassungsmäßigen Wahlrechts „on account of race, color, or previous condition of servitude" für verfassungswidrig erklärt, seit 1870. Beide Zusatzartikel zielten darauf ab, nach der Abschaffung der Sklaverei durch den 13. Verfassungszusatz im Jahr 1865 fortwirkende rassistische Diskriminierungen zu verhindern. Auf diese Verfassungsgrundsätze bezogen sich Bürgerrechtsorganisationen im juristischen Kampf gegen rassistische Gesetzgebung. Die Entscheidung Brown v. Board of Education beendete – zumindest formaljuristisch – die Segregation an Schulen[88]; in Loving vs. Virginia urteilte der Gerichtshof, dass die *one-drop rule* ebenso wie das Verbot der Ehen zwischen Schwarzen und Weißen gegen die

Fellows of Harvard College betrifft erstmals die Frage, inwieweit Affirmative Action Programme zugunsten von Afroamerikaner*innen und Hispanics, asiatischstämmige Studierende benachteiligen.

[85] *Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke*, 438 U.S. 265, 360 (1978), *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

[86] *Sumi Cho*, Post-Racialism, Iowa Law Review 94 (2009), S. 1589.

[87] *Balázs Berkovits*, Critical Whiteness Studies and the „Jewish Problem", in: Zeitschrift für kritische Sozialtheorie und Philosophie 1 (2018), S. 86–102. Dagegen *Jerome McCristal Jr. Culp*, To the Bone: Race and White Privilege, Minnesota Law Review, 1999, S. 1603, Juden jedoch selbst durchgehend als *white* bezeichnend.

[88] *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, 489 (1954).

Equal Protection Clause verstoße.[89] Zum Zeitpunkt der Entscheidung im Jahr 1967 existierten Eheverbote noch in 16 US-Bundesstaaten. US-Verfassungsrecht gegen Rassismus existierte damit lange Zeit neben rassistisch segregierenden Gesetzen der Bundesstaaten.

Diese Gleichzeitigkeit hat die Bedeutung des Begriffs *race* untrennbar auch mit den rechtlichen Kämpfen gegen rassistisches Recht verbunden. Affirmative Bezüge auf *race* zum Nutzen marginalisierter Gruppen, wie die Erfassung im Zensus zur Erhebung von Equalitydaten zur Durchsetzung von Bürgerrechten, die Einteilung von Wahlbezirken und der Abbau ungleicher Gesundheitsrisiken und darauf gestützte *affirmative-action*-Programme in der Wirtschaft und der Bildung sowie eine identitätspolitische Aneignung des Begriffs *race* haben daher im englischsprachigen Raum eine wesentlich größere Verbreitung als im kontinentaleuropäischen. Zudem sind sozialkonstruktivistische und rassismuskritische Ansätze, wie die Critical Race Theory, in der angloamerikanischen Kultur-, Sozial- und Rechtswissenschaft stärker verankert und institutionalisiert. Auch die Kommerzialisierung von rassialisierter Differenz in den USA hat zur affirmativen Bezugnahme auf *race* beigetragen. Medikamente mit angeblich rassenspezifischer Wirkung werden vermarktet, die kommerzielle Ahnenforschung bietet genetische Stammbaumanalysen im Internet an. *Race* erfuhr auf diese Weise seit der Wende zum 20. Jahrhundert zunehmend neutrale und positive Konnotationen.

Eine vergleichbare Resignifikation hat in der deutschen Sprache und in anderen Sprachen Kontinentaleuropas nicht stattgefunden. Denn in Kontinental-Europa verlief die Geschichte von Rassismus und Recht anders als in den USA. Die in erster Linie antisemitischen und antiziganistischen Rassengesetze galten nicht nur im nationalsozialistischen Deutschland. Sie galten auch in den von Deutschland besetzten Staaten und Gebieten und in den anderen faschistischen bzw. mit diesen kollaborierenden Staaten Europas. Das Ende des Zweiten Weltkriegs und der Systemwechsel in Deutschland beendete 1945 in diesen Ländern die offizielle Erfassung und Berücksichtigung von Rasse durch den Staat.[90] Maßgeblich durch die Alliierten vorangetrieben, wurde Rasse dann fast schlagartig von einer Kategorie rassistischen Rechts zu einer Kategorie des Antidiskriminierungsrechts.[91] Eine mit den USA vergleichbare Gleichzeitigkeit von ausdrücklich nach rassischen Kategorien segregierenden Gesetzen und von Verfassungsrecht, das rassischen Gruppen gleiche Rechte zusprach, gab es in Europa nicht.[92]

[89] *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

[90] Klassifikationen, wie in den Nürnberger Rassengesetzen, waren auch in den von Deutschland besetzten Staaten und Gebieten bzw. in anderen faschistischen bzw. mit diesen kollaborierenden Staaten Europas zur Anwendung gelangt.

[91] *Liebscher* (Fn. 1), S. 306 ff.

[92] Mittelbar wirkte vor allem die Erfassung und Entrechtung von Sinti, Roma und Jenischen fort, die fortan als als Landfahrer kategorisiert wurden.

Eine mit Brown v Board of Education vergleichbare Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist auch deshalb nicht ergangen, weil deutsche Schulen nach 1945 nicht mehr qua Schulrecht der Länder ausschließlich rassisch segregiert waren. Faktisch segregiert waren sie doch und sie sind es zum Teil bis heute. Das mehrgliedrige Schulsystem, bei dem die Kinder von Eingewanderten lange fast automatisch in die unteren Kategorien wanderten, die Idee von „Ausländerklassen", die lange Abwehr von Mehrsprachigkeit – es ist kein Zufall, dass in Deutschland die elaborierteste Forschung zu institutioneller Diskriminierung zum Bildungswesen vorliegt.[93] Auch eine mit den USA vergleichbare Erfassung und Verwendung von rassischen Daten zu Gleichstellungszwecken etablierte sich in den kontinentaleuropäischen Staaten nicht. Die Gerichtsurteile zu „Rasse" in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG lassen sich an der Hand abzählen,[94] rassismuskritische Strömungen setzen sich weniger für eine Aneignung von Rasse, als für eine Etablierung des Begriff Rassismus als rechtlicher Kategorie zur Analyse und Beseitigung rassistischer Diskriminierung ein. All das führte dazu, dass es nicht zu einer semantischen Neutralisierung oder gar antirassistischen Aneignung des Begriffs Rasse kam.

Schließlich sind auch die Betroffenheiten verschieden. Bis heute sind rassistische Hierarchien in Europa sowohl von postkolonialen Migrationsbewegungen als auch von Migrationsbewegungen im Zusammenhang mit den zwei Weltkriegen geprägt, von Arbeitsmigration in die Europäischen Union, aber auch innerhalb dieser. Die *color line* prägt Europa auch, aber weniger strukturell als in den USA. Antislawismus, Antiziganismus, aber auch rassistische Ressentiments gegen Menschen aus Süd- und Osteuropa sind in die Geschichte Europas eingeschrieben und haben sich strukturell z. B. in einem segregierten Arbeitsmarkt, aber auch in Alltagsrassismus gegen Menschen aus Polen, aus Staaten der ehemaligen Sowjetunion und des ehemaligen Jugoslawiens, Rumänien oder Bulgarien eingeschrieben. „Wer den deutschen Rassismus verstehen möchte, darf das östliche Europa nicht vergessen" plädierten jüngst Jannis Panagiotidis und Hans Christian Petersen und kritisieren damit ein Kaprizieren der Definition von Rassismus auf die Frage des Weißseins und die damit ebenfalls erfolgende Desartikulation des Antisemitismus.[95] Staatsangehörigkeiten, Migrationsgeschichten, nichtdeutsche Erstsprache, das sind die „Merkmale" um die sich rassistische Benachteiligungen auf dem Arbeitsmarkt, dem Wohnungsmarkt und im Bildungsbereich auch ganz zentral gruppieren.

Es ist nach alledem präziser, nicht von einem deutschen Exzeptionalismus zu sprechen, sondern eine kontinentaleuropäische Spezifik zu erkennen und ernst zu nehmen. Vor diesem Hintergrund erscheint auch die derzeitige Diskussion

---

[93] Siehe den Beitrag von *Nora Markard* in diesem Band, S. 169.

[94] *Liebscher* (Fn. 1), S. 380 ff.

[95] *Jannis Panagiotidis/H. C. Petersen*, Für eine Osterweiterung der deutschen Rassismusdebatte, Geschichte der Gegenwart, 23.02.2022.

um Rasse im Grundgesetz nicht mehr als besondere deutsche Diskussion. Seit nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs Diskriminierungsverbote international kodifiziert wurden, standen das „ob“ der Verwendung und das „wie“ der Definition von Rasse zur Diskussion, ebenso wie die Frage, welche gesellschaftlichen Gruppen sich auf den Rechtsschutz berufen können. Debatten um *race*/ Rasse führten die Delegierten bereits bei den Diskussionen zur Erarbeitung der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948. Ebenso betraf das die UN-Konvention gegen Rassismus von 1965. Spätestens seit der der Verabschiedung der EU-Antirassismus-Richtlinie RL 43/2000/EG im Jahr 2000 haben wir es auch mit einer europäischen Debatte zu tun.[96]

In allen diesen Fällen zeigt sich die Heterogenität der Sinnstiftungen und auch die Gegensätzlichkeit von angloamerikanischen und kontinentaleuropäisch geprägten Begriffstraditionen und Rechtspolitiken. Einige Staaten der Europäischen Union haben auf den Begriff der Rasse in ihren Verfassungen bereits verzichtet. Die finnische Verfassung beschränkt sich auf das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der „Herkunft“, nach der Begründung sind davon sowohl rassistische Diskriminierungen als auch solche wegen der ethnischen Herkunft erfasst. In der schwedischen Verfassung wurde der Begriff Rasse durch „ethnische Herkunft, Hautfarbe und andere ähnliche Umstände“ ersetzt. Von einer deutschen Besonderheit kann insofern nicht gesprochen werden.

c) Kein Rassetabu – Tabuisierung neuerer Rassismus- und Antisemitismuskritik

Die Historikerinnen Rita Chin und Heide Fehrenbach attestieren der bundesdeutschen Gesellschaft nach 1945 ein *postwar taboo* gegen das Wort „Rasse“.[97] Die Weiterverwendung des Begriffes, der schlechthin Symbol des nationalsozialistischen Rassestaats war, hätte das Narrativ von der „Stunde Null“ gefährdet. Tatsächlich war dieses Narrativ folgenreich für Diskussionen um Rasse, Rassismus und Antisemitismus. Das „Rasseproblem“ wurde nicht mehr in Deutschland, sondern in der NS-Vergangenheit oder außerhalb Deutschlands verortet.[98]

Auf diese Weise verschob sich seit den 1950er Jahren der Blick auf Rassismus in die USA, auf antikoloniale Befreiungsbewegungen im globalen Süden und auf Israel. Im dtv-Lexikon war noch 2006 unter dem Eintrag „Rassismus“ nach einem Hinweis auf Südafrika zu lesen: „R. findet sich aber auch in anderen Ländern mit rassischen Minderheiten, z. B. in den USA“.[99] Ein Befund zu Deutsch-

[96] Ausführliche Darstellung der Debatte bei *Liebscher*, Rassialisierte Differenz im antirassistischen Rechtsstaat, AöR 45 (2020), S. 87 (94 ff.).

[97] *Chin/Fehrenbach* (Fn. 75), S. 1–29.

[98] Auf Herrenchiemsee und im Parlamentarischen Rat spielte deutscher Kolonialrassismus keine Rolle in den Debatten um das Grundgesetz *Liebscher* (Fn. 1), S. 337 ff.

[99] Eintrag „Rassismus“, in: dtv-Lexikon, 2006, S. 55.

land fehlt. Auch Jost Delbrücks 1971 erschienene Monografie „Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen", die als erste Suchbewegung weg von einem biologistischen Verständnis hin zu einem soziologischen Rassebegriff gelten kann, wies Rassismus nicht als gegenwärtiges deutsches Problem aus.[100] Diese Externalisierungen haben dazu beigetragen, dass eine Beschäftigung mit Rassismus und Antisemitismus als Probleme, die die deutschen Gesellschaft auch nach dem Ende der nationalsozialistischen Unrechtsherrschaft relevant betreffen, lange auf sich warten ließ. Der Begriff Rassismus wurde bis in die 1990er Jahre kaum verwendet. Stattdessen prägten Begriffe wie „Rassenhass", „Ausländer-„ oder „Fremdenfeindlichkeit" die politische Debatte und den Rechtsdiskurs. Sowohl Rassismus als auch Antisemitismus wurden so auf völkischen Rassenantisemitismus verengt. Die rechtliche Anerkennung neuerer Formen des Antisemitismus setzt sich erst seit Kurzem durch, die Debatte um die koloniale Vergangenheit Deutschlands hat ebenfalls gerade begonnen.

Bei genauem Hinsehen haben wir es daher nicht, wie *Chin/Fehrenbachs* Analyse nahegelegen könnte, mit einer Tabuisierung des Gebrauchs des Rassebegriffs zu tun, sondern mit einer Tabuisierung von Kritik neuerer, vor allem kulturalistischer Formen des Rassismus und des Antisemitismus, die sich auch in den Diskussionen um Rassismus und Grundgesetz spiegelt. Biologistische Konzeptionen von Menschenrassen blieben dagegen in beiden deutschen Staaten auch nach 1945 lange unangefochten. Bis in die 2000er lebten sie in Werken der Anthropologie fort, in Schulbüchern, Enzyklopädien und im Alltagswissen.[101] Mittlerweile weisen diese Wissenskompendien Rasse kritisch als rassistische Kategorie aus, von einem Tabu im Sinne „einer unterdrückten Wahrheit zu sprechen", sei jedoch „völlig verfehlt", stellte noch im Jahr 2018 ein interdisziplinärer Zusammenschluss von Wissenschaftler*innen angesichts andauernder Debatten um biologische Rasseunterschiede fest.[102]

d) Problem und Genealogie der biologisch-anthropologischen Konzeption von Rasse in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG

Das gilt um so mehr für das deutsche Recht. Das Bundessozialgericht subsumierte noch 2007 unter „Rasse" in § 1 BEG bezugnehmend auf Lexika von 1996 und von 1979: „Unter Rasse wird allgemein eine Gruppe von Lebewesen verstanden, die sich durch ihre gemeinsamen Erbanlagen von anderen Artangehörigen unterscheiden (vgl. Brockhaus, Die Enzyklopädie, 20. Aufl., unter „Rasse"), bzw. eine Formengruppe mit kennzeichnenden, gleichen Merkmalen

---

[100] Im Einzelnen *Liebscher* (Fn. 1), S. 386 ff.

[101] *Liebscher* (Fn. 1), S. 98 ff.

[102] *Veronika Lipphardt et al.*, Lost in Translation, 2018, www.sueddeutsche.de/kultur/rassismusdebatte-lost-in-translation-1.3983863, letzter Zugriff: 24.5.2022.

(Meyers Enzyklopädisches Lexikon, 9. Aufl., unter „Rasse").“[103] Von einem „Rassetabu“ kann auch nicht gesprochen werden, wenn die herrschende Meinung im deutschen Verfassungsrecht noch heute Rasse in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG als „Gruppe von Menschen mit tatsächlichen oder vermeintlichen vererbbaren Merkmalen“[104] definiert.

Die unangefochten herrschende Meinung in der internationalen Anthropologie und Humangenetik lautet anders: Erstens, ja, phänotypische Unterschiede werden vererbt. Zweitens, nein, sichtbare Differenzen zwischen Menschen lassen sich nicht als rassische Unterschiede kategorisieren.[105] Der Verweis auf erbliche Eigenschaften ist nur insofern richtig, als dass einige (nicht alle) rassifizierende Zuordnungen an vererbbare Eigenschaften, wie Haut-, Haarfarbe oder Physiognomie, anknüpfen. Unentrinnbar waren nicht die vererbbaren Merkmale der Juden, sondern der antisemitischen Projektionen der Nationalsozialist*innen, die menschliche Merkmalsgruppen durch ihre Vermessungen, Registrierungen und Kennzeichnungen selbst produzierten. „Die Einteilung der Menschen in Rassen war und ist zuerst eine gesellschaftliche und politische Typenbildung, gefolgt und unterstützt durch eine anthropologische Konstruktion auf der Grundlage willkürlich gewählter Eigenschaften wie Haar- und Hautfarbe,“ heißt es in der Jenaer Erklärung von 2019.[106] Die Behauptung rassischer Menschengruppen mit biologisch vererbbaren Merkmalen, ist also unwissenschaftlich – und gefährlich. Es muss verwundern, dass diese Erkenntnis an der deutschen Rechtswissenschaft weiter vorbeigeht.[107] Verwundern muss auch, dass eine außerrechtliche Quelle für die Definition „Menschengruppen mit bestimmten tatsächlich oder vermeintlich biologisch vererbbaren Merkmalen“ an keiner Stelle in der Kommentarliteratur ausgewiesen wird. Die Bearbeiter*innen der Kommentierungen verweisen immer wieder aufeinander.

Doch wo kommt die Definition her? Die erste Kommentierung des Begriffs Rasse in Art. 3 Abs. 3 GG geht auf Kurt Georg Wernicke zurück. Wernicke war wissenschaftlicher Assistent im Ausschuss für Grundsatzfragen des Parlamentarischen Rates und dort als Protokollant tätig. Zu Artikel 3 schrieb er in der 1. Auflage des Bonner Kommentares zum Grundgesetz aus dem Jahr 1950, der

---

[103] BSG v. 29.11.2007, B 13 R 54/06 R, Rn. 24.

[104] Vgl. die Nachweise in Fn. 23.

[105] Jenaer Erklärung der Deutschen Zoologischen Gesellschaft v. 10.9.2019, www.shh.mpg.de/1464864/jenaer-erklaerung, letzter Zugriff: 24.5.2022. Das ist auch bei jener Minderheit in der genetischen Forschung Konsens, die sich für eine Beschäftigung mit genetischen Varianzen ausspricht, die mit Gruppenbezeichnungen korrelieren, die heute im US-Zensus qua subjektiver Identifikation der Befragten als races angegeben werden. Aus den innerhalb der Humangenetik geführten Debatten zu schließen, es gebe einen „zunehmenden Nachweis genetischer Unterschiede entlang traditioneller Rassegrenzen“ (*Uwe Kischel*, Rasse, Rassismus und Grundgesetz, AöR 145 [2020], S. 227 [245], missversteht den Forschungsstand).

[106] Jenaer Erklärung (Fn. 105).

[107] Siehe auch *Tabbara* (Fn. 1), S. 585.

Begriff bezeichne „größere Menschengruppen mit bestimmten vererbbaren Eigenschaften".[108] Ich gehe davon aus, dass diese Definition aus einer nicht juridischen Quelle stammt, konkret aus einem Lexikon. Sie findet sich so jedenfalls erstmals im Deutschen Koloniallexikon von 1920[109] sowie in zeitgenössischen Enzyklopädien aus den 1950er Jahren, erst ab der Jahrtausendwende verschwindet sie langsam aus Enzyklopädien und Schulbüchern. Es ist Zeit, sie auch im Recht zu verabschieden.

IV. Fazit und Ausblick: „Rassistisch und antisemitisch" als Alternative zu Rasse

Die rechtshistorische und rechtsvergleichende Untersuchung hat zahlreiche Gemeinsamkeiten rassischer Konzepte und rechtlicher Bezugnahmen darauf ergeben und einige Spezifika, die für die Diskussion um Rasse im Grundgesetz bedeutsam sind.

(1) Eine anthropologisch-biologistische Konzeption von Rasse im Sinne einer immanenten Eigenschaft von Diskriminierungsbetroffenen im Antidiskriminierungsrecht hat sich sowohl in den USA als auch in Deutschland bis heute gehalten. Das ist bemerkenswert, nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass die Biowissenschaften, auf die solche Definitionen ursprünglich zurückgingen, diese heutzutage ausdrücklich und einheitlich zurückweisen.

(2) Diese Konzeption bedingt eine Verengung des Schutzbereiches sowohl US-amerikanischen Antidiskriminierungsrechts als auch von Art. 3 Abs. 1 GG auf Formen von biologistischen Rassismen. Im spezifisch europäischen Geschichtskontext wirken antislawischer Rassismus oder innereuropäische Rassismen, die eher kulturalistische Prägungen haben fort, auch wenn die Betroffenen als „weiß" gelten. Das gilt auch für den Antisemitismus und hier auch für neuere Formen, wie sekundären und codierten israelbezogenen Antisemitismus.[110] Das Problem mit Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ist hier, dass eine Definition, die auf „vererbbare Merkmale abstellt", die Betroffenen entweder

---

[108] *Kurt Georg Wernicke*, in: ders. (Begr.), BK-GG, 1950, Art. 3, S. 206, gleichlautend bis zur Neukommentierung durch *Wolfgang Rüfner*, in: Dolzer/Vogel/Graßhof/Kahl/Waldhoff (Hrsg.), BK-GG, 2019, Art. 3 Rn. 830 f.

[109] *Georg Thilenius*, Menschenrassen, in: Schnee (Hrsg.), Deutsches Koloniallexikon, 1920, Rn. 546 f.

[110] Dieser äußert sich zum Beispiel auf Plakaten rechter Parteien mit der codierten Botschaft, „Zionismus Stoppen: Israel ist unser Unglück! Schluss Damit!" Die gewählte Formulierung ist eine bewusste Anleihe an die in der NS-Zeit propagierte Hassparole „Die Juden sind unser Unglück", der von zahlreichen deutschen Gemeinden und Gerichten, jedoch nicht als antisemitisch eigestuft wurde. Mit erfreulicher Klarheit insofern OLG Karlsruhe, Erfolgreiches Klageerzwingungsverfahren – Anfangsverdacht für Volksverhetzung bei Aufhängen von Wahlplakaten durch Verantwortliche der Partei „Die Rechte", BeckRS 2020, S. 2488.

schutzlos stellt oder sie zwingt, sich strategisch in rassische Kategorien einzuordnen, die ihrer Selbstdefinition, gerade vor dem Hintergrund des Nationalsozialismus fundamental entgegensteht. Diese Verengung wirkt sich auch auf Betroffene von antimuslimischem Rassismus aus, denen (ganz unabhängig von tatsächlicher Abstammung und eigener Religiosität) negative Eigenschaften als Muslime zugeschrieben werden.

(3) Dass im europäischen Rechtsraum viele Menschen von Rassismus und Antisemitismus betroffen sind, die als „weiß" gelten, bedeutet nicht, der Behauptung vom „Rassismus gegen Weiße" das Wort zu reden. Die rechtshistorische Betrachtung hat gezeigt, dass die jeweils eigene Geschichte von Rassismus und Antisemitismus bei der Beurteilung, ob eine Benachteiligung rassistisch im Sinne von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ist, zu berücksichtigen ist. Sowohl die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948 als auch die UN-Konvention gegen Rassismus von 1965 und die EU-Antirassismus-Richtlinie von 2000 reagierten auf historische Ereignisse: Namentlich auf rassistische und antisemitische Diskriminierung. Das geht aus den Präambeln deutlich hervor. Wenn das Bundesverfassungsgericht feststellt, „Zweck des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ist es, Angehörige strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen vor Benachteiligung zu schützen"[111], dann steht diese Rechtsprechung mit Blick auf Rassismus und Antisemitismus in einer guten Tradition des internationalen Rechts. Die Frage nach der Benachteiligung von White Anglo Saxon Protestants, wie auch von deutschen weißen Menschen ohne Migrationsgeschichte hat sich rechtshistorisch nie wirklich gestellt, sie ist meines Erachtens rechtsdogmatisch am besten in Art. 3 Abs. 1 GG aufgehoben. Eine Definition von race/Rasse, die primär auf die Unverfügbarkeit vererbbarer Merkmale abstellt, entwirft race/Rasse als grundsätzlich wertfrei und symmetrisch vorstellbare Eigenschaft. Das verwischt die historisch gewaltvolle Herstellung und rassischer Teilungen und ihre Aufrechterhaltung durch strukturelle Benachteiligungen.

Aus all dem ergibt sich mein Plädoyer für eine Ersetzung von „Niemand darf wegen […] seiner Rasse […] benachteiligt oder bevorzugt werden" in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG durch die Formulierung „Niemand darf […] rassistisch oder antisemitisch diskriminiert werden". Diese Formulierung schützt im Einklang mit europäischem und internationalem Recht[112] auch all jene Menschen, die aufgrund anderer als biologistischer Rassismen diskriminiert werden. Sie verschiebt den Fokus von Eigenschaften der Betroffenen zur sozialen Hierarchisierung und sie ist auch nicht uferlos, weil mit Art. 1 ICERD eine eingrenzende

---

[111] BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017, 1 BvR 2019/16, Rn. 59, BVerfGE 147, 1.

[112] Siehe dazu die Beiträge von *Katharina Pabel* und *Mehrdad Payandeh* in diesem Band, S. 197 ff. und 217 ff.

Regelung des internationalen Rechts besteht, die bei der Auslegung zu berücksichtigen ist. Als Anknüpfungspunkte für eine rassistische Diskriminierung bezeichnet das Übereinkommen, 1.) vermeintliche Rasse, Hautfarbe, Abstammung, Nationalität und ethnischen Herkunft, wenn darauf 2.) Unterscheidungen, Ausschließung, Beschränkung oder Bevorzugung beruhen, die 3.) zum Ziel oder zur Folge haben, „dass dadurch ein gleichberechtigtes Anerkennen, Genießen oder Ausüben von Menschenrechten und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen oder jedem sonstigen Bereich des öffentlichen Lebens vereitelt oder beeinträchtigt wird." Die Gesetzesbegründung zu § 42 StGB der „rassistisch und fremdenfeindlich" als Rechtsbegriffe bereits eingeführt hat, formuliert darüberhinausgehend, dass „Menschen aufgrund bestimmter Kriterien wie Aussehen, Herkunft, Sprache oder sonstiger sozialer Verhaltensweisen als ‚fremd' stigmatisiert werden".[113] Die ausdrückliche Nennung des Antisemitismus schließlich hat ebenfalls Vorbilder zum Beispiel in § 46 StGB und in § 2 LADG Berlin. Sie weist auf die qualitative Beispiellosigkeit des nationalsozialistischen Unrechts hin und erkennt an, dass Antisemitismus sich aufgrund seiner verschwörungstheoretischen Welterklärungskomponente von Rassismen unterscheidet.

---

[113] BT-Drs. 18/3007 S. 15.

„Rasse“ im Parlamentarischen Rat, die Dynamik der Gleichheitsrechte und der Schutz vor struktureller Diskriminierung

Mathias Hong

I. Einleitung

Es gibt keine „Rassen“ im biologischen Sinn. Die Art Homo Sapiens hat keine Unterarten. Soll der Begriff der „Rasse“ in Art. 3 Abs. 3 GG deshalb ersetzt werden durch Formulierungen wie „rassistisch“ oder „aus rassistischen Gründen“? Die Debatte darüber nahm 2020 neue Fahrt auf. Sie ist insofern ungewöhnlich, als sie intensiv auch unter erklärten Verfechter:innen des Antidiskriminierungsrechts geführt wird: Einig über das Ziel eines möglichst starken und effektiven verfassungsrechtlichen Diskriminierungsschutzes sind sie sich uneins darüber, ob eine Ersetzung des Rassebegriffs dieses gemeinsame antirassistische Ziel tatsächlich fördert.[1]

Weil eine Ersetzung des Rassebegriffs aus meiner Sicht riskieren würde, den bestehenden verfassungsrechtlichen Diskriminierungsschutz, gerade auch vor mittelbarer und struktureller Diskriminierung, ungewollt zu schwächen, statt ihn zu stärken, habe ich mich in einer Reihe von Verfassungsblog-Beiträgen[2] dafür ausgesprochen, den Begriff beizubehalten – oder ihn lediglich durch Anführungszeichen[3] oder einen Zusatz wie „wegen der sogenannten Rasse“ zu ergänzen.

Wenn ein Verzicht auf eine Grundgesetzänderung allerdings auf den entgegengesetzten Wunsch zurückgehen sollte, die von der verfassungsgebenden Gewalt gewollte Dynamik der Gleichheitsidee und den daraus resultierenden

---

[1] Siehe *Mathias Hong*, „Rasse“ und Grundgesetz – Zur Debatte um den Rassebegriff in Artikel 3 Absatz 3 GG, in: Derin et al. (Hrsg.), Grundrechte-Report 2021 – Zur Lage der Bürger- und Menschenrechte in Deutschland, 2021, S. 113 ff.

[2] *Mathias Hong*, „Rasse“ im Parlamentarischen Rat und die Dynamik der Gleichheitsidee seit 1776 (Teil I), Verfassungsblog v. 20.7.2020, https://verfassungsblog.de/rasse-im-parlamentarischen-rat-i/ (mit Nw. zu den Teilen II.–V.), letzter Zugriff: 24.5.2022.

[3] Siehe auch die Verwendung von Anführungszeichen in BVerfG (Kammer), Beschl. v. 2.11.2020, 1 BvR 2727/19 – *Kündigung wegen rassistischer Beleidigung*, Rn. 18 („das in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ausdrücklich normierte Recht auf Anerkennung als Gleiche unabhängig von der ‚Rasse‘ verletzt […]“).

Schutz, etwa auch vor mittelbarer oder struktureller Diskriminierung, einzuschränken, dann wäre dem ebenso entgegenzutreten.

So oder so, ob nun das Grundgesetz geändert wird oder nicht, werden wir uns darüber verständigen müssen, was „Rasse“ und was rassistische Diskriminierung heute bedeuten. Rassistische Diskriminierung muss ohnehin das Mindeste sein, was das Verbot von Benachteiligungen wegen der „Rasse“ umfasst.[4] Und auch soweit man religiöse oder kulturelle Stereotypisierungen nicht als „rassistisch“ bezeichnen will, ist zu klären, ob der Schutz vor solchen Stereotypisierungen dann nicht in gleicher Stärke aus dem Verbot der Benachteiligung wegen anderer Merkmale (wie Abstammung, Heimat, Herkunft oder Religion) folgen muss.

Für diese Verständigungen ist es unabdingbar, die Geschichte der Gleichheitsidee mit in den Blick zu nehmen. Die Norm- und Entstehungsgeschichte des Begriffs der „Rasse“ im Grundgesetz[5] ist dabei weitaus enger mit den Vereinigten Staaten und dem dortigen Rassismus verknüpft, als das allgemein bekannt ist. Sie führt in die historischen Untiefen beider Länder. Das zeigen vor allem schockierende Äußerungen *Hermann von Mangoldts*, des Vorsitzenden des Grundsatzausschusses im Parlamentarischen Rat, die auf seine Forschung zum „Rassenrecht“ der Vereinigten Staaten zurückgehen. Die Geschichte der Gleichheitsidee ist aber nicht nur eine Geschichte tiefsitzender rassistischer Vorurteile, sondern sie zeugt ebenso auch von dem Willen, genau solche Vorurteile zu überwinden – von 1776 bis zur Entstehung des Grundgesetzes im Parlamentarischen Rat.

Die verfassungsgebende Gewalt des Grundgesetzes wollte, das will ich im Folgenden vor allem deutlich machen, das Verbot der Benachteiligung wegen der „Rasse“, so wie die Gleichheitsrechte insgesamt, als dynamisch entwicklungsfähige Grundsatznormen verstanden wissen. Sie nahm gezielt eine Dynamik auf, auf die auch das menschenrechtliche Gleichheitsversprechen von Anfang an ausgerichtet war.

Die Vergangenheit ist zwar ein fremdes Land, dessen Sprache wir übersetzen müssen.[6] Eine solche Übersetzung ist jedoch keineswegs unmöglich. Das

---

[4] Vgl. zu Recht ausdrücklich festhaltend, dass sich das Verbot der Benachteiligung wegen der „Rasse“ nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG gerade auch „gegen rassistische Diskriminierung wendet“: BVerfG (Kammer), Beschl. v. 2.11.2020, 1 BvR 2727/19 – *Kündigung wegen rassistischer Äußerung*, Rn. 6 und 11 („im Lichte von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, der sich gegen rassistische Diskriminierung wendet“); sowie dazu *Mehrdad Payandeh*, Verfassungsgerichtliche Konturierung des Verbots rassistischer Diskriminierung, NVwZ 2021, S. 1830 ff. Zur Unvereinbarkeit gerade auch „auf rassistische Diskriminierung zielender Konzepte“ mit Menschenwürde und Art. 3 Abs. 3 GG s. auch bereits BVerfGE 144, 20 (208; Rn. 541) – *NPD-Verbot* (2017).

[5] Für die nachfolgenden norm- und entstehungsgeschichtlichen Thesen greife ich auch zurück auf: *Mathias Hong*, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, 2019, bes. S. 307–409. Zur geschichtlichen Entwicklung vgl. aber eingehend insbesondere auch *Doris Liebscher*, Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus, 2021, S. 150–205, 206–372.

[6] *Jonathan Gienapp*, Knowing How vs. Knowing That: Navigating the Past, 4.4.2017,

Gleichheitsideal, das dem Antidiskriminierungsrecht zugrunde liegt, steht in einer Kontinuität zur neuzeitlichen Menschenrechtsidee des 18. Jahrhunderts. Wenn wir neue Gruppen davon inkludiert sehen und gleiche Freiheit als materiale und positive, also als tatsächlich ausübbare Freiheit verstehen, die Schutzpflichten und Förderungsgebote einschließt und die auch vor strukturellen oder mittelbaren Diskriminierungen schützt, dann verwirklichen wir nicht einen neuen Wert, sondern einen alten.

Das alles kann ich hier nur skizzieren. Für eingehendere Belege verweise ich auf den Band meiner Habilitationsschrift zum Menschenwürdegehalt der Grundrechte,[7] auf die schon erwähnte, fünfteilige Beitragsserie im Verfassungsblog[8] sowie auf meinen Beitrag zu den Grundwerten des Antidiskriminierungsrechts in dem kommenden, von *Anna Katharina Mangold* und *Mehrdad Payandeh* herausgegebenen „Handbuch Antidiskriminierungsrecht“.[9]

II. „Living Originalism“ unter dem Grundgesetz und die Unterscheidung von allgemeinen und konkreten Anwendungsvorstellungen

Die Gleichheitsgrundrechte sollten, wie alle Grundrechte, für Weiterentwicklungen und für eine Einbeziehung neuer Erkenntnisse über die tatsächlichen Verwirklichungsbedingungen der Gleichheitsidee nicht nur offen sein, sondern sie sind auf eine solche Weiterentwicklung gerade ausgerichtet.

Vor allem von Mangoldt selbst kam in den Beratungen des Parlamentarischen Rates immer wieder auf die Dynamik und Beweglichkeit der Grundrechte zu sprechen, auf ihre Entwicklungsfähigkeit gerade auch in der späteren Rechtsprechung.[10] Aus den Beratungen ergibt sich, dass er damit beanspruchen

---

http://www.processhistory.org/gienapp-knowing-how/ („The past, in others words, comes to us encoded in a foreign language. If we wish to understand the original meaning of historical texts, we have to translate them. This is what historians mean when they say that understanding historical texts in their original forms requires restoring them to their original historical context.“), letzter Zugriff: 24.5.2022.

[7] *Hong* (Fn. 5).

[8] *Hong* (Fn. 2).

[9] *Mathias Hong*, Würde, Freiheit, Gleichheit und Demokratie als Grundwerte des Antidiskriminierungsrechts, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022 (im Erscheinen).

[10] Vgl. nur *Hermann von Mangoldt*, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat – 1948–1949, Bd. 5, Ausschuss für Grundsatzfragen, 1993, S. 64 („Das führt zu einer gewissen Beweglichkeit der Grundrechtssätze, soweit die in den einzelnen Artikeln gewählte Formulierung diese ermöglicht.“), S. 594 („Damit ist ein für den Richter wichtiger Gedanke aufgenommen. […] Und soweit die bisherige Auslegung der Grundrechte im Wandel der Zeit dem nicht mehr entspricht, läßt sie sich immer umgestalten. Das war die Idee, die am Anfang steht. Es stecken also sehr tiefgehende Überlegungen dahinter.“), S. 601 („Es

konnte, nicht nur für sich, sondern für den ganzen Grundsatzausschuss zu sprechen.[11]

Die verfassungsgebende Gewalt wollte danach eine dynamische Weiterentwicklung nicht nur für einen egalitären Menschenwürdekern aller Freiheitsgrundrechte, sondern für die Grundrechte im Ganzen. In einem solchen Fall schließen Dynamik und historische Auslegung einander richtigerweise nicht aus.[12] Die subjektiv-historische Auslegung führt deshalb für die Grundrechte des Grundgesetzes zu einem „Living Originalism".[13]

Der danach gewollte dynamische Diskriminierungsschutz der Verfassung schließt etwa auch eine gleiche Anerkennung der „Ehe für alle"[14] sowie allgemeiner der Gleichheit unabhängig von der sexuellen Orientierung mit ein, die auch bereits vom Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts mitumfasst ist.[15]

Nun kann man sich fragen, wie das sein kann: Wie um alles in der Welt soll es der Wille der verfassungsgebenden Gewalt von 1949 gewesen sein können, LGBTQ-Personen vor Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung oder der geschlechtlichen Identität zu schützen – zu einer Zeit also, in der gleichgeschlechtliche Beziehungen unter Männern strafbar waren und die Existenz von mehr als zwei Geschlechtern für die viele noch undenkbar war?

Die Antwort ergibt sich aus der wichtigen Unterscheidung zwischen allgemeineren und konkreteren historischen Anwendungserwartungen. Bei der entstehungsgeschichtlichen Auslegung ist zwischen beiden stets sorgfältig zu differenzieren.

Die Geschichte des Gleichheitssatzes – gerade auch die der rassistischen Diskriminierung – zeigt anschaulich, dass Menschen zugleich zutiefst Widersprüchliches wollen und denken können: Sie können sich zugleich zum allgemeinen Gleichheitsgedanken bekennen wollen und denken, dass dieser allge-

---

bleibt dabei die Beweglichkeit der Grundrechte erhalten, die für die Vereinigten Staaten so wesentlich gewesen ist."), S. 603.

[11] Vgl. zusammenfassend *Hong* (Fn. 5), S. 405 f. mit den dortigen w.Nw.

[12] Vgl. dazu etwa auch *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 303 („wenn der Gesetzgeber eine mitwachsende Norm schaffen wollte", wovon „regelmäßig auszugehen" sei); *Heiko Sauer*, Juristische Methodenlehre, in: Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, 4. Aufl. 2021, § 10 Rn. 31 (Gesetzgeber kann „eine spezifische Wandelbarkeit des Rechtssatzes gerade gewollt" haben).

[13] Vgl. für diesen Begriff mit Blick auf die US-Verfassung: *Jack Balkin*, Living Originalism, 2011; für das Grundgesetz: *Hong* (Fn. 5), S. 6–9, 99 ff.

[14] Näher *Hong* (Fn. 5), S. 366–384.

[15] Vgl. dazu, dass Ungleichbehandlung wegen der sexuellen Orientierung immer zugleich auch Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts ist: *Mathias Hong*, Are They All Textualists Now? Das Bostock-Urteil zur LGBTQ-Gleichheit als halbherziger „Living Originalism": Justice Scalias zwiespältiges Erbe, Verfassungsblog v. 13.7.2020, https://verfassungsblog.de/are-they-all-textualists-now/, letzter Zugriff: 24.5.2022 (m.w.Nw. unter 2.).

meine Gedanke aber „natürlich“[16] auf bestimmte konkrete Gruppen oder in bestimmten konkreten Hinsichten keine Anwendung finde.

Wenn eine normsetzende Gewalt für die von ihr gesetzten Normen gleichzeitig allgemeinere und konkretere Anwendungserwartungen dieser Art hat, muss es darauf ankommen, auf welcher Stufe der Allgemeinheit sie ihre Festsetzungen treffen will: Will sie auch ihre konkreteren Anwendungsvorstellungen („original expected applications“) für verbindlich erklären – oder nur ihre genereIleren Anwendungsvorstellungen normieren, die konkrete Anwendung aber gerade entwicklungsoffen halten, so dass sie auch unerwartete Anwendungsfälle einschließen kann („unexpected applications“[17])? Das ist jeweils anhand aller entstehungsgeschichtlichen Indizien zu ermitteln. Weit gefasste Formulierungen, wie sie gerade in den Grundrechtskatalogen häufig Verwendung finden, sprechen als solche zunächst einmal dafür, dass die normgebende Gewalt allgemeinere Grundsätze, und nicht auch ihre eigenen konkreteren Anwendungsvorstellungen für verbindlich erklären will.

Für die Grundrechte war eine Kombination von beidem gewollt: Sie sollten zwar ein historisches Minimum konkreter intendierter Anwendungsfälle im Sinne eines „Nie wieder“ als unhintergehbar („unantastbar“) geschützt absichern. Sie sollten sich aber auf eine solches „Anwendungsminimum“ keineswegs begrenzen. Die verfassungsgebende Gewalt sah ihre eigenen konkreten Anwendungsvorstellungen nicht etwa auch schon als ein historisch versteinertes „Anwendungsmaximum“ der Grundrechte an, sondern wollte gerade auch eine dynamische Weiterentwicklung von Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit ermöglichen.[18]

III. „Nur sagen kann man es nicht“: Hermann von Mangoldts rassistische Aussagen im Parlamentarischen Rat – und seine Monografie von 1938 zum „Rassenrecht“ der Vereinigten Staaten

1. ‚Zigeuner‘, Schutz der ‚nordischen Rasse‘ und ‚separate but equal‘ – die schockierenden konkreteren Anwendungsvorstellungen zur Gleichheitsidee im Parlamentarischen Rat

Was waren nun aber die *konkreteren* Anwendungsvorstellungen zu „Rassen“ und ihrer Diskriminierung im Parlamentarischen Rat?

[16] Zu solchen Normalisierungs- und Natürlichkeitsargumenten s. *Anna Katharina Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, S. 313 f.

[17] *Hong* (Fn. 15), dort unter 6. und 8.

[18] *Hong* (Fn. 5), S. 405 f. zur Unterscheidung zwischen allgemeineren und konkreteren Anwendungsvorstellungen der normgebenden Gewalt s. ibid., S. 103 ff.

Wir sind dafür, jedenfalls im Falle von Mangoldts, nicht auf Spekulationen angewiesen. Seine Auffassungen kommen in den Beratungsprotokollen in geradezu brutaler Deutlichkeit zum Ausdruck, und zwar insbesondere in dem folgenden Austausch mit Ludwig Bergsträsser:

„Vors. [Dr. v. Mangoldt]: Wenn man sagt: Alle Menschen sind gleich, so zeigt sich eben, daß sie praktisch nicht vollkommen gleich sind, sondern daß es gewisse Dinge gibt, die auf Grund der bei den Menschen nun einmal naturgegebenen Nuancierungen zu einer anderen Regelung führen müssen. Zum Beispiel könnte der Zigeuner, der herumwandert gewissen gesetzlichen Sonderregelungen unterliegen. In Staaten wie den Vereinigten Staaten wird die Vorherrschaft einer Rasse praktisch niemals zugegeben. [...] Aber im Grunde genommen schwebt über dem ganzen Recht der Vereinigten Staaten doch der Gedanke: Wir können und werden es niemals zulassen, daß wir von einer fremden Rasse überfremdet werden. Das betrifft nicht nur die schwarze Rasse, sondern in der Gesetzgebung über die Einwanderung wird gesagt: Wir müssen das Übergewicht der nordischen Rasse in den Vereinigten Staaten erhalten.

Dr. Bergsträsser: Es ist vielleicht mehr das Übergewicht des abendländischen Kulturkreises, – ein mir nicht ganz sympathisches Wort. So ungefähr ist es doch.

Vors. [Dr. v. Mangoldt]: Praktisch steht man vor einer Schwierigkeit. Der Gesetzgeber kann sich praktisch einer solchen Verpflichtung gar nicht entziehen, nur sagen kann man es nicht.“[19]

Diese Aussagen von Mangoldts verschlagen aus heutiger Perspektive geradezu den Atem: Aus seiner Sicht sollten also Gesetze mit dem Gleichheitssatz vereinbar sein können, die sich gegen das ‚Herumwandern‘ von ‚Zigeunern‘ oder gegen eine ‚rassische‘ Überfremdung richten, so wie auch in den Vereinigten Staaten das Einwanderungsrecht darauf gerichtet sei, ‚das Übergewicht der nordischen Rasse‘ zu erhalten?

Sollte es danach also doch Ungleichbehandlungen wegen der „Rasse“ geben können? Ludwig Bergsträsser formulierte diese Frage nur wenig später recht direkt. Thomas Dehler verneinte sie allerdings sogleich, und von Mangoldt bestätigte ihn darin:

„Dr. Bergsträsser: Kann der Gesetzgeber daraus nicht folgern, daß zum Beispiel ein Kind, das von einem Neger und einer Deutschen stammt, verschiedenartig sei?

Dr. Dehler: Das ist die Ausnahme, daß niemand wegen seiner Rasse benachteiligt werden darf.

Vors. [Dr. v. Mangoldt]: Gerade aus diesem Grunde müssen wir unter allen Umständen diesen ‚minimum standard of free society‘ festhalten. Dieser ‚minimum standard‘ liegt in den Grundrechten. Ich würde sagen: absolutes Verbot der ungleichen Behandlung hinsichtlich der Grundrechte. [...]“[20]

---

19 Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Fn. 10), S. 741.
20 Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Fn. 10), S. 743 f.

Von Mangoldt nahm hier Bezug auf die Vorstellung, dass die einzelnen Freiheitsrechte einen Mindeststandard gleicher Freiheit definieren, der für die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen eine letzte Grenze bildet. Auf die Nachfrage Bergsträssers, ob ein Kind, das von einem Menschen schwarzer Hautfarbe und „einer Deutschen“ stamme, als „verschiedenartig“ angesehen werden könne, beteuerte von Mangoldt, dass eben dieses Konzept eines Mindeststandards der Gleichheit eine Benachteiligung wegen der „Rasse“ gerade ausschließe.[21]

Das scheint zunächst kaum zu seinen vorangegangenen Ausführungen zur ‚rassischen Überfremdung‘ zu passen. Womöglich war dies aber eine Ausweichbewegung: Von Mangoldt könnte durchaus (bei sich) gedacht haben, dass nach diesem Standard eben nicht jede Verschiedenbehandlung eines solchen Kindes schon eine „Benachteiligung“ wegen der „Rasse“ sei.

2. Von Mangoldts Vorschlag von 1938, den Separate-but-equal-Grundsatz auf Juden zu übertragen

Denn es liegt nicht fern, dass von Mangoldt im Parlamentarischen Rat vorschwebte, den Gleichheitssatz im Sinne des Grundsatzes „getrennt, aber gleich“ („separate but equal“) zu deuten.

So argumentierte schließlich damals, also 1948, auch der U.S. Supreme Court noch. Sowohl die Trennung der „Rassen“ etwa in Eisenbahnabteilen und an Schulen als auch die strafrechtlichen Verbote „gemischtrassiger“ Beziehungen, wurden seit der Plessy-Entscheidung[22] als „getrennt, aber gleich“ gerechtfertigt. Und von Mangoldt kannte diese US-Rechtsprechung zur Equal-Protection-Clause des 14th Amendment ausgesprochen gut: In einer Monographie von 1938[23] hatte er die Entscheidungen zum „Rassenrecht“ der Vereinigten Staaten gründlich aufgearbeitet. Erst nach von Mangoldts Tod (1953) kam es zur Abkehr vom Separate-but-equal-Grundsatz: Die Brown-Entscheidung[24] zur Gleichheitswidrigkeit der „rassischen“ Schulsegregation erging 1954, die Loving-Entscheidung zu den strafrechtlichen „Mischeheverboten“ sogar erst 1967.[25]

---

21 Auch in seinem späteren Schriftlichen Bericht über die Grundrechte an das Plenum des Parlamentarischen Rates betonte von Mangoldt, dass seine Fassung „[j]ede Gefahr“ verhindere, dass „eine Diskriminierung etwa aus rassischen Gründen erfolgen konnte“; s. Schriftlicher Bericht des Abgeordneten Dr. v. Mangoldt über den Abschnitt I. Die Grundrechte, in: Parlamentarischer Rat (Hrsg.), Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland (Drucksachen Nr. 840 und 854). Erstattet von den Berichterstattern des Hauptausschusses für das Plenum, Anlage zum stenographischen Bericht der 9. Sitzung des Parlamentarischen Rates am 6.5.1949, Bonn o.J. (1950/51), S. 5 (8 l. Sp.).

22 U.S. Supreme Court, *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

23 *Hermann von Mangoldt*, Rechtsstaatsgedanke und Regierungsformen in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1938.

24 U.S. Supreme Court, *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

25 U.S. Supreme Court, *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967). Als das Urteil erging, war

In seiner Arbeit von 1938 sah von Mangoldt den Grundsatz „getrennt, aber gleich“ allen Ernstes als ein mögliches Modell für den Umgang Nazi-Deutschlands mit dem Judentum (und den als Juden eingestuften Menschen). Sein Vorschlag lief also darauf hinaus, „Arier“ und Juden zwar durch rechtliche Segregation zu trennen, aber (im Übrigen) Menschenrechte auch von Juden anzuerkennen.

In seiner eigentümlichen Verbindung von rassistischem Vorurteil und menschenrechtlicher Überzeugung wirkt das aus heutiger Sicht seltsam weltfremd – als sei die nationalsozialistische Herrschaft auch nur im Geringsten für die Vorstellung eines menschenrechtlichen Mindeststandards von Juden zugänglich gewesen.

3. Der Kontext des Rassismus in der deutschen Rechtswissenschaft vor 1945 (etwa bei Schmitt, Larenz, Maunz oder Huber)

So verfehlt die Vorstellung, es könne eine gleichheits- und menschenrechtskonforme Segregation der „Rassen“ nach dem Grundsatz Separate-but-equal geben, auch war und ist: Mit ihr hebt sich der Rassismus von Mangoldts durchaus ab von den rassistischen Äußerungen weitaus linientreuerer Protagonisten der damaligen Rechtswissenschaft, wie etwa *Theodor Maunz*, *Karl Larenz*, *Ernst Rudolf Huber* und *Carl Schmitt*, die der Idee gleicher Menschenrechte gleich insgesamt eine Absage erteilten.[26]

Um das zu verdeutlichen, sollte es ausreichen, sich einige repräsentative Zitate aus dieser Zeit in Erinnerung zu rufen.

So führte Carl Schmitt 1936 als „Reichsgruppenwalter“ der Reichsgruppe Hochschullehrer im Nationalsozialistischen Rechtswahrerbund in seinem Schlusswort zur Tagung „Das Judentum in der Rechtswissenschaft“ aus:

> „Was wir suchen und wofür wir kämpfen, ist unser[e] unverfälschte eigene Art, die unversehrte Reinheit unseres deutschen Volkes. ‚Indem ich mich des Juden erwehre‘, so sagt unser Führer Adolf Hitler, ‚kämpfe ich für das Werk des Herrn.‘“[27]

Virgina einer von immer noch sechzehn Einzelstaaten, in denen solche Strafgesetze weiterhin galten (vgl. 388 U.S. 1, 6 [1967]). Vgl. aber auch das am 1. Oktober 1948 ergangene Urteil des Supreme Court of California, *Perez v. Sharp*, 32 Cal.2d 711 (https://scocal.stanford.edu/opinion/perez-v-sharp-26107, letzter Zugriff: 24.5.2022), in dem das oberste kalifornische Gericht – als erstes Gericht in den Vereinigten Staaten überhaupt – ein strafrechtliches Verbot „rassischer Mischehen“ für unvereinbar mit der Equal Protection Clause des 14. Verfassungszusatzes der Bundesverfassung erklärte; dazu näher *Hong* (Fn. 5), S. 355–357.

[26] Vgl. zum Folgenden näher *Hong* (Fn. 5), S. 350–352.

[27] *Carl Schmitt*, Schlußwort des Reichsgruppenwalters Staatsrat Prof. Dr. Carl Schmitt, in: Deutscher Rechts-Verlag (Hrsg.), Das Judentum in der Rechtswissenschaft, 1. Die Deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist, 1936, S. 28 (34).

Karl Larenz nahm im selben Jahr das Unerträglichkeitskriterium der Radbruchschen Formel für den Widerspruch zwischen positivem Recht und Gerechtigkeit vorweg – freilich mit gewissermaßen umgekehrten Gerechtigkeitsvorzeichen, nämlich von dem Standpunkt der „völkischen Rechtsidee“ aus betrachtet, wie sie sich in den Nürnberger Rassegesetzen niedergeschlagen habe:

„Die Bindung des Richters an ein Gesetz aus der Zeit vor der Machtergreifung […] kann allerdings nicht so weit gehen, daß es der Richter auch da noch anzuwenden hätte, wo seine Anwendung zu einem vom Standpunkt der völkischen Gesamtordnung aus *schlechthin unerträglichen Ergebnis* führen würde. In solchen Fällen […] darf und soll der Richter das Gesetz […] korrigieren. […] Als Beispiel kann hier auf den Fall verwiesen werden, *daß ein deutschblütiger Mann erfährt, daß seine Frau ein […] Kind im Ehebruch von einem Juden empfangen hat*, nachdem die Anfechtungsfrist […] bereits verstrichen ist. Es kann ihm und unserer Sippe nach unserer heutigen Anschauung nicht zugemutet werden, widerspräche auch der durch die Nürnberger Gesetze erstrebten *reinlichen Trennung der Rassen*, wenn das halbjüdische Kind weiterhin als das eheliche Kind des betrogenen Ehemannes gelten, seinen Namen führen, ihn beerben würde und seine väterliche Fürsorge sollte beanspruchen können.“[28]

Theodor Maunz betonte, ebenfalls 1938, die ‚rassische‘ Grundlage des Gleichheitsgrundsatzes des deutschen Rechts als eines Grundsatzes der „Gleichheit aller artgleichen Volksgenossen“:

„Das deutsche Recht hat *einen auf rassischer Grundlage aufgebauten Gleichheitsgrundsatz*, während sich die Gleichheit anderer Völker und Staaten vielfach ungegliedert auf den Menschen überhaupt bezieht. Im deutschen Recht gilt die *Gleichheit aller artgleichen Volksgenossen* – der Ausschluß Artfremder von der unterschiedslosen Benützung von Einrichtungen in der Hand des Staates oder der Gemeinden, etwa gemeindlicher Badeunternehmungen, ist ihm also keine Verletzung, sondern eine Erfüllung seines Gleichheitssatzes.“[29]

Und Ernst Rudolf Huber hob 1939 in seinem „Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches“ das Ziel einer „völligen Ausscheidung des Judentums“ aus dem Reich hervor:

„Die Juden genießen im Reich nicht die Stellung einer fremdvölkischen Minderheit, sondern ihnen ist eine Sonderstellung zugewiesen, die sich aus dem *Ziel einer völligen Ausscheidung des Judentums* erklärt.“[30]

Schon wer sich 1938 überhaupt noch intensiv mit dem Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika und mit der Vorstellung noch verbliebener Menschenrechte von Juden oder von als Juden eingestuften Menschen beschäftigte,

[28] *Karl Larenz*, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, 1938, S. 24–26 (Hervorh. hinzugef.).

[29] *Theodor Maunz*, Die Staatsaufsicht, in: Höhn/ders./Swoboda (Hrsg.), Grundfragen der Rechtsauffassung, 1938, S. 45 (83) (Hervorh. geändert).

[30] Vgl. *Ernst Rudolf Huber*, Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 2. Aufl. 1939, S. 181.

bewegte sich, wie diese Äußerungen hinlänglich belegen sollten, damit eher gegen den Strom.

An seiner Einstellung zur „Rassenlehre“ als solcher ließ freilich auch von Mangoldt keinerlei Zweifel. In einem Aufsatz von 1939 zu „Rassenrecht und Judentum“ warnte er nicht nur, wie auch schon in der Arbeit von 1938, vor den „Gefahren der Vermischung“ mit „stark artfremdem Blute“, sondern bescheinigte dem nationalsozialistischen „Rassenrecht“ ausdrücklich, es verfolge „hohe ethische Ziele“.[31]

Nicht nur lobte er, dass das deutsche „Rassenrecht“ nicht davor zurückscheue, die Dinge „beim richtigen Namen zu nennen“, während man sich in den Vereinigten Staaten „nicht zu klaren Entschlüssen durchringen“ könne, obwohl sich das „starke natürliche Rassengefühl der Angelsachsen“ auf verschiedensten Gebieten „eben doch als stärker“ erweise „als die weltfremde Gleichheitsideologie westeuropäischer Prägung“.[32] Sondern er machte sich, zur Rechtfertigung der nationalsozialistischen Rassegesetzgebung, sogar den rassistischen Menschenwürdebegriff *Adolf Hitlers* zu eigen, indem er jene Worte aus ‚Mein Kampf‘ zitierte, mit denen Hitler die ‚Schönheit und Würde eines höheren Menschentums‘ als den ‚höchsten Zweck des völkischen Staates‘ definierte:

> „Die durch diese Gesetze gesicherte Reinerhaltung des Blutes ist nicht Selbstzweck, sondern wie der Führer im ‚Kampf‘ (S. 434) gesagt hat, ‚ist der höchste Zweck des völkischen Staates die Sorge um die Erhaltung derjenigen rassischen Urelemente, die, als kulturspendend, die Schönheit und Würde eines höheren Menschentums schaffen‘.“[33]

Von einer Prüfung dieser Rassengesetze auch nur am Maßstab der Separate-but-equal-Doktrin oder anhand irgendeines menschenrechtlichen Mindeststandards ist in diesem Aufsatz keine Rede.

4. Von Mangoldts Vorstellungen als Ausweis der engen historischen Verbindungen zwischen dem Rassismus in den Vereinigten Staaten und dem antisemitischen Rassismus in Deutschland

Die Arbeiten von Mangoldts zum „Rassenrecht“ sind für die heutigen Debatten auch insofern von Bedeutung, als sie zeigen, wie eng historisch die intellektuellen Verbindungen zwischen dem Rassismus in den Vereinigten Staaten und dem in Deutschland waren und sind. Rassismus, der an die Hautfarbe anknüpft, und

---

[31] *Hermann von Mangoldt*, Rassenrecht und Judentum, Württembergische Verwaltungszeitschrift 1939, S. 49 ff.

[32] *Von Mangoldt* (Fn. 31), S. 49 (50).

[33] *Von Mangoldt* (Fn. 31), S. 49 (49 f.).

antisemitischer Rassismus waren für von Mangoldt ohne Weiteres über die rassistische Zielsetzung einer „Reinerhaltung des Blutes“[34] verknüpft.

Die Vorstellung, der Rassismus in den Vereinigten Staaten und der in Deutschland seien unüberbrückbar verschieden und unvergleichbar, wäre daher schlicht historisch uninformiert. So sehr Rassismus und „Rassekonzeptionen in historischen und nationalen Kontexten spezifisch funktionieren und unterschiedliche Ausprägungen erfahren“, so wenig lassen sie sich in ihrer „komplexe[n] Gleichzeitigkeit von globaler Universalität und regionalen Besonderheiten“[35] als historisch voneinander abgeschottet verstehen.

Geschichte ist nicht Vergangenheit, sondern Gegenwart, hat James Baldwin gesagt.[36] „Wir“ – wir Menschen, aber gerade auch „wir Deutschen“ und unser Grundgesetz – tragen „unsere“ Geschichte unauslöschlich mit uns. Der Vorsitzende des Grundsatzausschusses des Parlamentarischen Rates bezeugt mit seinem intellektuellen Werdegang, wie eng diese historischen Verbindungen sind – und wie unauslöschlich sie gerade auch in die Fundamente der Entstehungsgeschichte der Menschenwürdegarantie und der Grundrechte des Grundgesetzes eingelassen sind.

IV. Die allgemeineren Anwendungsvorstellungen von Mangoldts zur Dynamik der Gleichheitsidee – und die historischen Parallelen bis 1776

Der spätere Vorsitzende des Grundsatzausschusses des Parlamentarischen Rates hat also jenen rassistischen und antisemitischen Unrechtsgesetzen „hohe ethische Ziele“ bescheinigt, die dem Völkermord die Bahn bereiteten. Noch in den Beratungen zum Grundgesetz hat er erkennen lassen, dass er selbst weiterhin von einer grundlegenden Verschiedenheit der „Rassen“ ausging.

Untergräbt das nicht jede normative Rechtfertigung dafür, sich den Willen dieser verfassungsgebenden Gewalt überhaupt noch zum Auslegungsziel zu setzen? Ich glaube – am Ende – nicht, dass das die richtige Schlussfolgerung wäre. Zwar sollte es jegliche womöglich noch bestehende Selbstgewissheit in der Staatsrechtslehre erschüttern, dass es 1949 einen unbelasteten „Neuanfang“ gegeben habe oder hätte geben können. Die Antwort darauf sollte jedoch nicht

[34] Siehe soeben Fn. 33.

[35] *Liebscher* (Fn. 5), S. 205, auch mit dem Hinweis darauf, dass W.E.B. Du Bois nach seiner Europareise 1949 seine Theorie der „color line“ als global gültiger Formel zum Verständnis des Rassismus geändert habe (ibid., mit Nw. dort in Fn. 243).

[36] „I want to suggest that history is not the past. It is the present. We carry our history with us. We are our history. If we pretend otherwise, to put it very brutally, we literally are criminals.“; *James Baldwin*, Black English (1980), in: Kenan (Hrsg.), The Cross of Redemption, 2011, S. 154.

sein, der Verfassung und ihren geistigen Eltern die interpretatorische Loyalität aufzukündigen, sondern sie in ihren feierlichen Bekenntnissen zur Würde jedes Menschen und zur Freiheit und Gleichheit aller beim Wort zu nehmen.

Im Parlamentarischen Rat stand neben konkreten Anwendungsvorstellungen zur Gleichheitsidee, die aus heutiger Sicht kaum anders als rassistisch genannt werden können, der allgemeinere Wille, den Gedanken der Gleichheit aller Menschen als einen dynamischen Grundsatz zu normieren. Von Mangoldt hat nicht die nationalsozialistischen Wertungen zum Inhalt des Grundgesetzes erklären wollen, sondern maßgeblich an der Formulierung jener Menschenwürdegarantie mitgewirkt, die gerade nicht Adolf Hitlers rassistische „Würde eines höheren Menschentums" nur der „Arier", sondern die gleiche Würde jedes einzelnen Menschen unantastbar stellt.

Man sollte weder die Lernfähigkeit der Gleichheitserklärungen und Grundrechtskataloge unterschätzen noch die Einsicht der sie Verfassenden in ihr Entwicklungspotential: Wir können die Verfasser des Grundgesetzes deshalb ebenso beim Wort nehmen wie die der Equal Protection Clause des 14th Amendment von 1868 und die der Unabhängigkeitserklärung von 1776. Wenn sie von der Gleichheit aller Menschen sprachen, können wir sie an diesen allgemeinen Grundsätzen festhalten, und zwar gerade auch dann, wenn sie im Widerspruch zu ihrem eigenen Verhalten oder ihren konkreteren Anwendungsvorstellungen standen.

1. Von Mangoldts Verweis auf Lincolns Rede vom 26. Juni 1857 und ihre dynamische Deutung des Gleichheitsversprechens der Unabhängigkeitserklärung: „This they said, and this they meant."

Nicht nur die Separate-but-equal-Doktrin, sondern auch die historische Dynamik der Gleichheitsidee bis 1948 war von Mangoldt besonders gut bewusst. In seiner Studie von 1938 spielte gerade jene Weiterentwicklung des Gleichheitsgedankens eine maßgebliche Rolle, die von dem Gleichheitsversprechen der Unabhängigkeitserklärung von 1776, die von Sklavenhaltern verfasst wurde, zu den Reconstruction-Amendments (13. bis 15. Verfassungszusatz) führte, welche die Sklaverei abschafften, und den Gleichheitssatz in der Verfassung der Vereinigten Staaten kodifizierten.

Für den Gedanken eines Mindeststandards gleicher Freiheit stützte sich von Mangoldt dabei maßgeblich auf Abraham Lincoln, und zwar besonders auf dessen berühmte Rede vom 26. Juni 1857 in Illinois,[37] die sich gegen das berüchtigte Dred-Scott-Urteil des U.S. Supreme Court richtete.

---

[37] *Abraham Lincoln*, From Speech on the Dred Scott Decision at Springfield, Illinois, June 26, 1857, in: ders., Selected Speeches and Writings, 1992, S. 117ff. (gesperrte Hervorhebungen

Dieses Urteil vom 6. März 1857[38] wies die Klage des versklavten Dred Scott auf seine Freiheit mangels Klageberechtigung ab, weil Menschen der „afrikanischen Rasse", niemals Bürger der Vereinigten Staaten sein könnten. Es entschied außerdem, das Eigentumsrecht der Sklavenhalter an den Versklavten untersage es dem Bund, die Sklaverei in den neuen westlichen Territorien zu verbieten.[39]

Lincoln argumentierte, anders als im Urteil behauptet hätten die Verfasser der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung von 1776 ihre Worte „all men are created equal" durchaus wörtlich gemeint, also auch die Versklavten und ihre Nachkommen einbezogen. Sie hätten das Versprechen von der Gleichheit aller Menschen als ein zukunftsgerichtetes Ideal verstanden, das einer ständigen Annäherung bedürfe:

„I think the authors of that notable instrument intended to include all men, but they did not intend to declare all men equal in all respects. They did not mean to say all were equal in color, size, intellect, moral developments, or social capacity. They defined with tolerable distinctness, in what respects they did consider all men created equal – equal in ‚certain inalienable rights, among which are life, liberty, and the pursuit of happiness.' *This they said, and this they meant.* They did not mean to assert the obvious untruth, that all were then actually enjoying that equality, nor yet, that they were about to confer it immediately upon them. In fact they had no power to confer such a boon. They meant simply to declare the right, so that the enforcement of it might follow as fast as circumstances should permit. They meant to set up a *standard maxim for free society*, which should be familiar to all, and revered by all; *constantly looked to, constantly labored for*, and even though never perfectly attained, *constantly approximated*, and thereby *constantly spreading and deepening its influence*, and augmenting the happiness and value of life to all people of all colors everywhere."[40]

Für Lincoln war, wie für von Mangoldt, die Gleichheit aller Menschen durchaus vereinbar mit einer sozialen Trennung der „Rassen". Erst kurz vor seiner Ermordung 1865 und unter dem Eindruck des Bürgerkrieges entwickelte er inklusivere Gleichheitsvorstellungen.[41] Gerade mit seinem Verweis auf die Dynamik der Gleichheitsidee wies er jedoch den Weg über diesen Irrtum hinaus – und genau an diesen Entwicklungsgedanken knüpfte auch von Mangoldt 1938 an.

---

im Original, kursive Hervorhebungen hinzugefügt). In seiner Studie von 1938 gab von Mangoldt einen längeren Auszug daraus in einer eigenen Übersetzung wieder: *von Mangoldt* (Fn. 23), S. 201 f. (und dazu *Hong* [Fn. 5], S. 332 ff.).

[38] U.S. Supreme Court, *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857).

[39] Chief Justice Roger B. Taney erklärte die Begriffe „Volk" („We the People") und „Staatsbürger" („citizen") im Sinne der Bundesverfassung für rassisch definierte Begriffe, unter die kein Angehöriger der „afrikanischen Rasse", ob versklavt oder frei, jemals fallen könne: U.S. Supreme Court, *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393, 404–407, 425–426 (1857).

[40] Vgl. *Lincoln* (Fn. 37), S. 117 (120 f.); gesperrte Hervorh. im Original (dort kursiv); kursive Hervorh. hinzugef.

[41] Vgl. näher *Akhil Reed Amar*, The Law of the Land – A Grand Tour of Our Constitutional Republic, 2015, S. 25–28, 311.

2. *„[A]ll men are created equal": Thomas Jeffersons Verständnis von „men" als „Menschen" in der Unabhängigkeitserklärung von 1776*

Der Widerspruch zwischen allgemeineren und konkreteren Gleichheitsideen lässt sich auch schon bei den Verfassern der Unabhängigkeitserklärung nachweisen. Lincolns Deutung, sie hätten die Sklaven mitgemeint, ist keineswegs eine nachträgliche Umdeutung.[42]

Nicht zuletzt Thomas Jefferson, der die berühmten Sätze der Unabhängigkeitserklärung entwarf, war sich sehr wohl im Klaren darüber, dass er, indem er sich auf die Gleichheit aller Menschen berief, einen „Schuldschein" für die Zukunft ausstellte.[43] Sein erster Entwurf für die Erklärung bezeichnete die Versklavung afrikanischer Menschen als Verletzung der „heiligsten Rechte des Lebens und der Freiheit" und verurteilte den Sklavenhandel als ein „abscheuliches Geschäft", als einen Markt, auf dem „Menschen" („men") gekauft und verkauft werden („where men should be bought & sold").[44]

Jefferson bezog den Begriff „men" hier also eindeutig auch auf versklavte Menschen, verstand ihn also nicht etwa als auf Menschen weißer Hautfarbe beschränkt – obwohl dies in offenkundigem Widerspruch zu seinem eigenen Verhalten als Halter hunderter von Sklaven auf seinem Herrenhaus in Monticello und auf mehreren Plantagen in Virginia stand.[45] Da auf den Sklavenmärkten Frauen, Männer und Kinder gehandelt wurden, spricht der Entwurf darüber hinaus auch dafür, dass Jefferson hier mit „men" nicht nur Männer meinte, sondern tatsächlich alle Menschen, auch unabhängig vom Geschlecht.[46]

Jefferson entwickelte sogar konkrete Konzepte für eine Abschaffung der Sklaverei – die er darin freilich in eine fernere Zukunft verschob und zumeist[47]

---

[42] Für eine eingehendere Begründung und Belege zu dieser (selbstverständlich umstrittenen) These vgl. *Hong* (Fn. 5), S. 337–350, bes. Fn. 760 f.

[43] *Martin Luther King Jr.*, I Have a Dream (28. August 1963), in: Carson/Shepard (Hrsg.), A Call to Conscience, 2001, S. 81 f. („a promissory note to which every American was to fall heir").

[44] „He has waged cruel war against human nature itself, violating it's most sacred rights of life and liberty in the persons of a distant people who never offended him, captivating & carrying them into slavery in another hemisphere, or to incur miserable death in the transportation thither. This piratical warfare, the opprobrium of INFIDEL powers, is the warfare of the CHRISTIAN king of Great Britain. Determined to keep open a market where MEN should be bought & sold, he has prostituted his negative for suppressing every legislative attempt to prohibit or to restrain this execrable commerce."; *Thomas Jefferson*, Political Writings, 1999, S. 96 (99) (Hervorh. im Original).

[45] Vgl. dazu bes. auch die Arbeiten zu Jefferson und Sally Hemings von Gordon-Reed, etwa *Annette Gordon-Reed*, The Hemingses of Monticello – An American family, 2009.

[46] Vgl. *Danielle Allen*, Our Declaration, 2015, S. 154.

[47] Siehe allerdings auch die zeitweiligen Gedankenspiele Jeffersons in einem Brief an Edward Bancroft vom 26.1.1789, er werde nach seiner Rückkehr aus Frankreich *Deutsche* als Landarbeiter auf sein Gut „importieren", sie in Farmen gemeinsam mit seinen Sklaven leben lassen, deren Kinder dann ohne Zweifel zu „guten Bürgern" heranwachsen würden; *Annette*

mit dem Vorhaben einer Aussiedlung der befreiten Sklaven verband. 1784 brachte er im Kontinentalkongress einen Gesetzesentwurf ein, der ein Verbot der Sklaverei in allen westlichen Territorien vorsah und die erforderliche Mehrheit nur um eine Stimme verfehlte.[48] Schon in seinen Notes on the State of Virgina, die 1781 und 1782 entstanden, schlug Jefferson vor, alle nach Beschluss des entsprechenden Gesetzes geborenen Sklaven zu emanzipieren.[49] Freilich äußert er dort auch in seither berüchtigten Wendungen den „Verdacht“ einer körperlichen und geistigen Unterlegenheit ihrer „Rasse“, weshalb sie nach ihrer Befreiung „außer Reichweite einer Vermischung“ zu bringen seien.[50]

Benjamin Banneker, ein Mathematiker und Astronom schwarzer Hautfarbe konfrontierte Jefferson 1791 unmittelbar mit dem klaren Widerspruch, den er zwischen der Verurteilung der Sklaverei in der Unabhängigkeitserklärung und dem eigenen Verhalten Jeffersons sah.

Er sendete Jefferson einen von ihm verfassten wissenschaftlichen Almanach als Geschenk zu. In dem beigefügten Brief gab er der Hoffnung Ausdruck, dass Jefferson die allgemeinen Vorurteile über die geringeren geistigen Fähigkeiten von Menschen seiner Hautfarbe nicht teile, sondern wie er daran glaube, dass alle Menschen als Mitglieder derselben menschlichen Familie mit den gleichen Fähigkeiten ausgestattet seien.[51] Er erinnerte Jefferson daran, dass dessen Abscheu für die Sklaverei zur Revolutionszeit so lebhaft gewesen sei, dass er die unschätzbare Lehre öffentlich verkündet habe, alle Menschen seien gleich geschaffen und von ihrem Schöpfer mit unveräußerlichen Rechten ausgestattet.

Gordon Reed/Peter S. Onuf, „Most Blessed of the Patriarchs“, 2016, S. 148 f. (mit dem Nw. ibid., S. 332 Fn. 17).

[48] *Joseph Ellis*, Sie schufen Amerika, 2002, S. 126 f.

[49] *Jefferson* (Fn. 44), S. 474.

[50] *Jefferson* (Fn. 44), S. 474–480 (Query XIV) (bes. 474: „*To emancipate all slaves born after passing the act.* […] [T]hey should continue with their parents to a certain age, then be brought up, at the public expence […] *till the females should be eighteen, and the males twenty-one years of age, when they should be colonized* to such place as the circumstances of the time should render most proper […].“; S. 480: „I advance it, therefore, *as a suspicion only, that the blacks*, whether originally a distinct race, or made distinct by time and circumstances, *are inferior to the whites in the endowments both of body and mind*.“; „When freed, he is *to be removed beyond mixture*.“; Hervorh. hinzugef.).

[51] Vgl. From Benjamin Banneker, August 19th, 1791, in: *Thomas Jefferson*, The Papers of Thomas Jefferson, Vol. 22, 1986, S. 49 (49 f.): „Sir I am fully sensible of the greatness of that freedom which I take with you on the present occasion; a liberty which Seemed to me scarcely allowable, when I reflected on […] the almost general prejudice and prepossession which is so prevailent in the world *against those of my complexion*. I suppose it is a truth too well attested to you, to need a proof here, that […] we have long been considered rather as brutish than human, and *Scarcely capable of mental endowments*. […] Now Sir […] I apprehend you will readily embrace every opportunity to eradicate *that train of absurd and false ideas and oppinions which so generally prevails with respect to us*, and that your Sentiments are concurrent with mine, which are that one universal Father hath given being to us all, and that he hath not only made us all of one flesh, but *that he hath also without partiality afforded us all the Same Sensations, and endued us all with the same faculties* […].“ (kursivierte Hervorh. hinzugef.).

Bedauerlicherweise habe er dieser Gnade des Schöpfers jedoch zugleich zuwidergehandelt, indem er zahlreiche Sklaven in Gefangenschaft und grausamer Unterdrückung gehalten und so selbst „der verbrecherischsten Tat“ schuldig zu befinden gewesen sei, die er bei anderen vorgeblich verabscheut habe.[52] Banneker empfahl Jefferson, „sich dieser engherzigen Vorurteile zu entwöhnen“.[53]

Jefferson bedankte sich in einer kurzen Antwort für den Brief und den Almanach. Er reagierte zwar nicht unmittelbar auf den Vorwurf, als Sklavenhalter verstoße er selbst gegen die Lehren seiner Unabhängigkeitserklärung, zeigte sich aber von dem Almanach beeindruckt und teilte Banneker mit, diesen dem Sekretär der französischen Akademie der Wissenschaften, Marquis de Condorcet, übermittelt zu haben. Niemand wünsche sich mehr als er, Belege wie Banneker sie liefere dafür zu sehen, dass die Natur „unseren schwarzen Brüdern gleiche Talente“ gegeben habe.[54]

---

[52] *Jefferson* (Fn. 51), S. 49 (50f.): „Sir, Suffer me to recall to your mind that time in which the Arms and tyranny of the British Crown were exerted with every powerful effort in order to reduce you to a State of Servitude […].

This Sir, was *a time in which you clearly saw into the injustice of a State of Slavery*, and in which you had just apprehensions of the horrors of its condition, it was now Sir, that your abhorrence thereof was so excited, that you publickly held forth *this true and invaluable doctrine*, which is worthy to be recorded and remember'd in all Succeeding ages. ‚We hold these truths to be Self evident, that all men are created equal, and that they are endowed by their creator with certain unalienable rights, that among these are life, liberty, and the pursuit of happyness.‘ […] [B]ut Sir how pitiable is it to reflect, that altho you were so fully convinced of the benevolence of the Father of mankind, and of his equal and impartial distribution of those rights and privileges which he had conferred upon them, *that you should at the Same time* counteract his mercies, in detaining by fraud and violence so numerous a part of my brethren under groaning captivity and cruel oppression, that you should at the Same time be found *guilty of that most criminal act, which you professedly detested in others, with respect to yourselves*.“ (Hervorh. hinzugef.).

[53] *Jefferson* (Fn. 51), S. 49 (51): „Sir, I suppose that your knowledge of the situation of my brethren is too extensive to need a recital here; neither shall I presume to prescribe methods by which they may be relieved; otherwise than by recommending to you and all others, to wean yourselves from these narrow prejudices which you have imbibed with respect to them, and as Job proposed to his friends ‚Put your Souls in their Souls stead,‘ thus shall your hearts be enlarged with kindness and benevolence toward them […].“

[54] *Jefferson* (Fn. 44), S. 483f. („Sir, – I thank you sincerely for your letter […] and for the Almanach it contained. *No body wishes more than I do to see such proofs as you exhibit, that nature has given to our black brethren, talents equal to those of the other colors of men*, and that the appearance of the want of them is owing merely to the degraded condition of their existence, both in Africa & America. I can add with truth, that *no body wishes more ardently to see a good system commenced, for raising the condition, both of their body & mind, to what it ought to be, as fast as the imbecility of their present existence, and other circumstances* which cannot be neglected, *will admit*. I have taken the liberty of sending your Almanac to Monsieur de Condorcet, Secretary of the Academy of Sciences at Paris, and Member of the Philanthropic society, because I considered it as a document to which your whole colour had a right for their justification, against the doubts which have been entertained of them. I am with great esteem, Sir Your most obed[ien]t humble serv[ant].“ (Hervorh. hinzugef.). Banneker ließ den Briefwechsel veröffentlichen.

Ungeachtet seiner rassenbiologischen Spekulationen widersprach Jefferson nicht dem Verständnis der Unabhängigkeitserklärung, das Banneker in seinem Schreiben an ihn zugrunde legte und das die Erklärung als ein klares Bekenntnis zur Gleichheit aller Menschen in ihren unveräußerlichen Rechten verstand.

3. Der Mindeststandard gleicher Freiheit als dynamisches Konzept

Was folgt nun aus der engen historischen Verbindung, die vom Gleichheitsgrundrecht des Grundgesetzes bis zur Unabhängigkeitserklärung von 1776 führt, für dessen heutiges Verständnis?

Wie gesehen stehen in dieser Entwicklung das allgemeine Bekenntnis zur Gleichheitsidee und die konkreten Anwendungsvorstellungen derjenigen, die sich dazu bekannten, in scharfem Kontrast. Im Parlamentarischen Rat lag es gerade von Mangoldt denkbar fern, bei einem solchen Widerspruch zwischen allgemeineren und konkreteren Anwendungsvorstellungen die eigenen konkreteren Anwendungserwartungen als ein Anwendungsmaximum für den Gleichheitssatz festschreiben zu wollen. Dafür sprechen insbesondere sein ausdrückliches Eintreten für ein dynamisches Verständnis der Grundrechte im Rat, aber auch seine besondere Wertschätzung gerade für Lincolns dynamisches Gleichheitsverständnis in der „Rassenfrage".[55]

Dem Willen der verfassungsgebenden Gewalt des Grundgesetzes entspricht es, wie sich näher zeigen lässt, das Gleichheitsgrundrecht, wie die Grundrechte insgesamt, jenseits ihres historischen Anwendungsminimums nicht als historisch versteinert auszulegen, sondern als dynamisch entwicklungsfähig.

Die tatsächlichen Auswirkungen von Ungleichbehandlungen sind danach selbständig und vom heutigen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse aus zu beurteilen. Das Konzept eines Mindeststandards gleicher Rechte, wie es von Mangoldt im Parlamentarischen Rat entwickelte, trägt daher den gedanklichen Keim nicht nur der Überwindung der Separate-but-equal-Doktrin schon in sich, sondern auch den Auftrag, in der Auslegung der Gleichheitsrechte die innere Dynamik der Gleichheitsidee weiter zu entfalten, etwa mit Blick auf die politische Gleichheit,[56] also das Recht auf gleiche demokratische Teilhabe, deren menschenrechtlichen Kern das Bundesverfassungsgericht zu Recht als durch die Menschenwürdegarantie gewährleistet sieht.[57]

---

[55] Vgl. *Hong* (Fn. 5), S. 326 ff., 407–409 (mit den dortigen w. Nw.).

[56] *Danielle Allen*, Politische Gleichheit, 2020; *Mangold* (Fn. 16); *Hong* (Fn. 9).

[57] Vgl. insbes. BVerfGE 144, 20 (283, 285) – *NPD-Verbot* (2017); s. ferner BVerfGE 123, 267 (341) – *Lissabon* (2009); 129, 124 (169) – *Euro-Rettungsschirm* (2011); 142, 123 (Rn. 124) – *OMT* (2016); 154, 17 (Rn. 100) – *PSPP*; sowie näher *Hong* (Fn. 5), S. 461–465.

V. Die Dynamik der Gleichheitsrechte als positive und materiale Rechte: Schutz auch vor indirekten, institutionellen, strukturellen und alltäglichen Benachteiligungen als eine zentrale Wirkung der Diskriminierungsverbote

Was heißt das alles nun für die Debatten um den Begriff der „Rasse“ und den Schutz vor rassistischer Diskriminierung unter dem Grundgesetz? Es heißt zunächst und vor allem, dass die verfassungsgebende Gewalt beim Wort zu nehmen ist, wenn sie die bewusst allgemein gefassten großen Worte der Menschenrechtstradition an den Beginn der Verfassung stellt: von der unantastbaren Menschenwürde, von den unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, von der freien Entfaltung der Persönlichkeit und von der Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz. Es heißt, dass sie mit diesem menschenrechtlichen Gleichheitsversprechen allgemeine Grundsätze normieren wollte, die dynamisch auf neue Erkenntnisse, Entwicklungen und Gefährdungen reagieren.

Und es heißt deshalb auch, dass es richtig war und ist, die Grundrechte auf Gleichheit in Freiheit nicht nur als Abwehrrechte zu verstehen, sondern auch als Schutzpflichten und Gewährleistungsaufträge, als positive Freiheiten[58] und Gleichheitsgarantien und als materiale Rechte, die vom Staat in gewissem Umfang auch verlangen, die tatsächlichen Voraussetzungen ihrer Ausübbarkeit zu gewährleisten.[59]

1. Würde, Freiheit, Gleichheit und Demokratie als Grundwerte des Antidiskriminierungsrechts

Menschenwürde, Freiheit, Gleichheit und Demokratie liegen als die zentralen Werte der neuzeitlichen Grundrechtedemokratien gemeinsam dem Antidiskriminierungsrecht – dem gegen hoheitliche und private Diskriminierungen gerichteten Recht –, zugrunde.[60] Sie stehen dabei nicht in einem Gegensatz zueinander, sondern sind aufs Engste miteinander verflochten.

Das Antidiskriminierungsrecht findet seine tiefere Rechtfertigung in der gleichen Würde aller Menschen – ohne sich jedoch auf den Schutz der Men-

---

[58] Für eine weit ausgreifende und rechtsvergleichende Diskussion und überzeugende Verteidigung des Konzepts der positiven Freiheit (dort mit Blick insbesondere auf die Kommunikationsfreiheiten), auch unter eingehender Auseinandersetzung mit gängigen philosophischen Einwänden, siehe *Andrew Kenyon*, Democracy of Expression, Positive Free Speech and Law, 2021, bes. S. 87 ff. (zu Isaiah Berlin).

[59] Vgl. zum Folgenden eingehender *Hong* (Fn. 9).

[60] Vgl. näher *Hong* (Fn. 9).

schenwürde zu beschränken. „Menschenwürde ist egalitär"[61] und findet als oberster Wert in den Freiheits- und Gleichheitsgrundrechten ihre Konkretisierung, die in ihrem Menschenwürdekern in dieser gleichen Würde aller wurzeln.

Freiheit ist als gleiche Freiheit nicht nur private, sondern auch öffentliche, nicht nur negative, sondern auch positive und nicht nur formale, sondern auch materiale Freiheit. Die Gleichheitsgarantien sollen als Freiheitsrechte zweiter Ordnung (oder sekundäre Freiheitsrechte) die Freiheitsspielräume aller vergrößern.[62] Und das Antidiskriminierungsrecht dient zugleich dem Grundwert der Demokratie, der ebenfalls nicht in einem Gegensatz zu den anderen Werten steht: Das demokratische Recht auf gleiche politische Teilhabe ist vielmehr ein zentraler Aspekt des Versprechens der Würde, Freiheit und Gleichheit aller.[63]

2. Das Sklavereiverbot als Verbot gerade auch des Privateigentums an Menschen: Gleichheitsrecht mit privatrechtlicher (schutzpflichtenbasierter) Drittwirkung

Dass sich die grundrechtlichen Diskriminierungsverbote nicht auf eine hoheitsgerichtete Abwehrfunktion begrenzen lassen, sondern zugleich effektiven Schutz auch gegen Diskriminierungen durch Private gewährleisten, lässt sich schon am Sklavereiverbot als einem historischen Kerngehalt der Diskriminierungsverbote veranschaulichen.

„Wenn Sklaverei nicht falsch ist, dann ist nichts falsch", hat Lincoln gesagt.[64] Wenn irgendetwas als historisch paradigmatische Benachteiligung wegen der „Rasse" gelten muss, dann die Sklaverei. Ihr Verbot richtet sich jedoch gerade auch gegen ein privatrechtliches Institut: das Eigentum an Menschen.[65] Als

[61] Vgl. BVerfGE 144, 20 (207f.) – *NPD-Verbot* (2017) („Menschenwürde ist egalitär; sie gründet ausschließlich in der Zugehörigkeit zur menschlichen Gattung, unabhängig von Merkmalen wie Herkunft, Rasse, Lebensalter oder Geschlecht […]").

[62] Vgl. zu Gleichheitsrechten als Freiheitsrechten zweiter Ordnung *Michael Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 61, 468 und passim.

[63] Siehe Fn. 57.

[64] „If slavery is not wrong, nothing is wrong."; *Abraham Lincoln*, To Albert G. Hodges, April 4, 1864, in: ders. (Fn. 37), S. 419 (419); vgl. auch, darauf verweisend, *John Rawls*, Justice as Fairness, 2001, S. 29 (zum besonderen Gewicht derartiger konkreter Überzeugungen im Rahmen der Herstellung eines „reflective equilibrium").

[65] Vgl. *James Oakes*, Freedom National, 2013, insbesondere S. 8ff. Vgl. zu Grenzen von Rechten an der Person eines anderen Menschen (im Kontext des Elternrechts): BVerfGE 24, 119 (144) – *Adoption* (1968): „Eine Verfassung, welche die Würde des Menschen in den Mittelpunkt ihres Wertsystems stellt, kann bei der Ordnung zwischenmenschlicher Beziehungen grundsätzlich niemandem Rechte an der Person eines anderen einräumen, die nicht zugleich pflichtgebunden sind und die Menschenwürde des anderen respektieren." Siehe auch BVerfGE 72, 155 – *Elterliche Vertretungsmacht* (1986); BVerfGE 121, 69 (90) – *Zwangsumgang* (2008); *Hong* (Fn. 5), S. 579f.

„reaktives Unterlassungsgebot“[66] verlangt es also Schutz gerade auch vor privaten Maßnahmen und schließt damit als Menschenwürdekern der aus den betroffenen Grundrechten folgenden Schutzpflichten eine (in diesem Fall: schutzpflichtenbasierte[67]) mittelbare Drittwirkung gegen Private mit ein.

3. Abwehrrechtlicher Schutz auch vor mittelbarer Diskriminierung – und Rechtfertigungsmaßstäbe

Abwehrrechtlich verbieten die Gleichheitsgrundrechte als auf tatsächliche Wirksamkeit ausgerichtete Rechte nicht nur unmittelbare Anknüpfungen an verdächtige Merkmale – sei es ausschließlich an das jeweilige Merkmal, sei es als eine mittragende Erwägung unter mehreren –[68] sondern auch mittelbare (oder indirekte oder faktische) Diskriminierungen, also „Unterscheidungen mit benachteiligender Wirkung“,[69] die sich tatsächlich weitgehend nur auf eine Gruppe auswirken, deren Ungleichbehandlung durch ein besonderes Diskriminierungsverbot untersagt ist.[70]

[66] Zur Unterscheidung zwischen reaktiven Diskriminierungsverboten und proaktivem Gleichstellungsrecht *Mangold* (Fn. 16), S. 230.

[67] Zur Rekonstruktion der Drittwirkung als äquivalent entweder zu grundrechtlichen Abwehrrechten (Lüth-Konstellation: gerichtliche Durchsetzung zivilrechtlicher Unterlassungspflichten) oder (wie hier) zu grundrechtlichen Schutzpflichten (Blinkfüer-Konstellation: gerichtlicher Schutz vor privaten Eingriffen): *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 480–493. Zur teilweisen Ergebnisäquivalenz mittelbarer und unmittelbarer Drittwirkung siehe auch *Grünberger* (Fn. 62), S. 1009, 1019; siehe auch dort S. 1023 ff. (zur unmittelbaren Drittwirkung im Unionsrecht; insbesondere die Nachweise auf S. 1023 Fn. 149).

[68] Vgl. BVerfGE 89, 276 (288 f.) – *§ 611a BGB* (1993) (zu Art. 3 Abs. 2 GG) (Kriterium in einem „Motivbündel“); siehe auch OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21.4.2016, 7 A 11108/14. OVG (Racial Profiling), Rn. 107; OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 17.8.2018, 5 A 294/16 (Racial Profiling), Rn. 54.

[69] Vgl. BVerfG (Senat), Beschl. v. 16.12.2021, 1 BvR 1541/20, Rn. 94 – *Triage* („Verbot unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung […], *also von Unterscheidungen mit benachteiligender Wirkung*“; Hervorhebung hinzugefügt) (zu Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG).

[70] Für das Unionsrecht war eine solche materiale Ausrichtung des Antidiskriminierungsrechts, die auch mittelbare Diskriminierungsverbote einschließt, von Anfang an kennzeichnend; vgl. nur EuGH, Urt. v. 13.7.1989, Rs. C-171/88, *Rinner-Kühn*, Rn. 11 f.; EuGH, Urt. v. 23.10.2003, Rs. C-4/02 und C-5/02, *Schönheit und Becker*, Rn. 67–73; *Susanne Baer/Nora Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 2 und 3, Rn. 345. Vgl. auch BVerfGE 109, 64 (89) – *Mutterschaftsgeld* (2003) (unter ausdrücklichem Verweis auf völker- und europarechtliche Pflichten; vgl. dazu *Grünberger* [Fn. 62], S. 301); BVerfGE 126, 29 (53 f.) – *Kliniken-Privatisierung Hamburg* (2010) (zur „Rechtsentwicklung im Europarecht“ mit den dortigen Nachweisen); sowie die Zusammenstellung der EuGH-Rechtsprechung zur mittelbaren Diskriminierung in BVerfGE 154, 17 (Rn. 148) – *PSPP* (2020), Rn. 148.

Für Art. 3 Abs. 3 GG vgl. BVerfGE 121, 241 (254 f.) – *Versorgungsabschlag Teilzeitbeamte* (2008), wonach es an dieser Bestimmung zu messen ist, „wenn der vom Gesetzgeber gewählte […] sachliche Anknüpfungspunkt in der gesellschaftlichen Wirklichkeit weitgehend nur für eine Gruppe zutrifft, oder die differenzierende Regelung sich weitgehend nur auf eine Gruppe im Sinne einer faktischen Benachteiligung auswirkt, deren Ungleichbehandlung nach Art. 3

Ob unmittelbare oder mittelbare Diskriminierungen rechtfertigungsfähig sind und welche Anforderungen an eine solche Rechtfertigung zu stellen sind, ist eine Frage der Abwägung der betroffenen Grundsatznormen,[71] bei der es von der Kollisionslage zwischen den betroffenen Grundrechten und sonstigen Rechtsgütern abhängt, ob sich einzelfallübergreifende abwägungsfeste Rechtspositionen als leges speciales des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ermitteln lassen oder ob eine Einzelfallabwägung maßgeblich bleiben muss. Sind abwägungsfeste Kerngehalte der Gleichheitsrechte betroffen, etwa unter dem Grundgesetz[72] ihr Menschenwürdegehalt (Art. 79 Abs. 3 GG) oder Wesensgehalt (Art. 19 Abs. 2 GG), so scheidet eine Rechtfertigung kategorisch aus.[73]

Auch außerhalb solcher Kerngehalte können Rechtfertigungsschwellen, wie etwa ein Mindestgewicht der rechtfertigenden Belange oder eine Mindestwahrscheinlichkeit[74] ihrer Bedrohung, um so eher zu wahren sein, je schwerwiegender die Ungleichbehandlung ist und je stärker die Gründe für ihre einzelfallübergreifende Geltung sind. So hat das Bundesverfassungsgericht für unmittelbare Diskriminierungen zu Recht eine Rechtfertigung jenseits zwingender biologischer Unterschiede allenfalls durch kollidierendes Verfassungsrecht, also durch Grundrechte Dritter oder sonstige Rechtsgüter von Verfassungsrang, für möglich erachtet.[75] Auch für die Rechtfertigung mittelbarer Diskriminierungen werden mindestens Gründe „von erheblichem Gewicht" zu fordern sein.[76]

Abs. 3 GG strikt verboten ist (mittelbare Diskriminierung)". Auch für Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG hat das Gericht dies seit dem Beschluss zum Wahlrechtsausschluss von Betreuten bekräftigt, nach dem das Verbot der Benachteiligung wegen der Behinderung als Abwehrrecht „auch mittelbare Benachteiligungen" erfasst, „bei denen sich der Ausschluss von Betätigungsmöglichkeiten nicht als Ziel, sondern als Nebenfolge einer Maßnahme darstellt"; vgl. VerfGE 151, 1 (24) – *Wahlrechtsausschluss Betreute* (2019). Siehe auch BVerfG (Senat), Beschl. v. 16.12.2021, 1 BvR 1541/20, Rn. 93 – *Triage*, Rn. 93; BVerfG (Kammer), Beschl. v. 30.1.2020, 2 BvR 1005/18, Rn. 42 – *Blindenführhündin* (Stattgabe).

[71] Zur Abwägung von Grundsatznormen (und zu Unterschieden zur Alexyschen Prinzipientheorie insoweit) siehe *Mathias Hong*, Abwägungsfeste Rechte, 2019, bes. Kap. 6 und 7.

[72] Zum Wesensgehalt („essence") der Charta-Grundrechte nach Art. 52 Abs. 1 GrCh vgl. *Koen Lenaerts*, Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU, German Law Journal 20 (2019), S. 779 ff.

[73] Zur normtheoretischen Rekonstruktion s. näher *Hong* (Fn. 71), S. 168–172.

[74] Vgl. etwa für Versammlungsuntersagungen die aus Art. 8 GG abgeleitete Eingriffsschwelle einer hohen Wahrscheinlichkeit der Gefährdung wichtiger (im Wesentlichen nur elementarer) Rechtsgüter nach BVerfGE 69, 315 (352–354, 360–362) – *Brokdorf* (1985); dazu näher *Mathias Hong*, in: Peters/Janz (Hrsg.), Handbuch Versammlungsrecht, 2. Aufl. 2021, B Rn. 57, 71 ff.

[75] Vgl. BVerfGE 85, 191 (207 ff.) – *Nachtarbeit* (1992); BVerfGE 114, 357 (364) – *Aufenthaltserlaubnis* (2005).

[76] Vgl. BVerfGE 132, 72 (98; Rn. 58) – *Elterngeld* (für mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, die „nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ebenfalls strengen Rechtfertigungsanforderungen" unterliege und ausnahmsweise durch sonstige Sachgründe zu rechtfertigen sein „mag", „die jedoch von erheblichem Gewicht sein müssten"); *Baer/Markard* (Fn. 70), Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 434 („Für mittelbare Diskriminierungen wegen der Rasse oder Religion sollte nichts anderes gelten."). Siehe auch BVerfG, Beschl. v. 30.1.2020, 2 BvR 1005/18, Rn. 42 –

4. Schutzpflichten, insbesondere in Situationen struktureller Ungleichheit, und mittelbare Drittwirkung

Die Wirkung der Gleichheitsrechte als Schutzpflichten, die auch eine privatrechtliche Drittwirkung entfalten können, lässt sich keineswegs auf grundrechtliche Menschenwürdekerne wie das Sklavereiverbot begrenzen.

Wenn grundrechtliche Schutzpflichten, wie das inzwischen zu Recht weithin anerkannt ist, aus allen Grundrechten folgen,[77] dann können sie nicht ausgerechnet für die Gleichheitsgrundrechte verneint werden.[78]

Blindenführhündin (Stattgabe) (zu mittelbaren Diskriminierungen wegen der Behinderung: „es sei denn, die betreffenden Vorschriften sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich"; BVerfG (Senat), Beschl. v. 16.12.2021, 1 BvR 1541/20, Rn. 93 – *Triage* (ohne Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung insoweit: „[e]ine rechtliche Schlechterstellung von behinderten Menschen ist nur dann zu rechtfertigen, wenn sie unerlässlich ist, um behindertenbezogenen Besonderheiten Rechnung zu tragen"; BVerfGE 126, 29 (54) – *Kliniken-Privatisierung Hamburg* (2010) (zu mittelbarer Diskriminierung wegen des Geschlechts: „wenn sie auf hinreichenden sachlichen Gründen beruht, die nichts mit der geschlechtsbezogenen Benachteiligung zu tun haben", unter Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH). Siehe auch *Grünberger* (Fn. 62), S. 656 ff.

[77] Vgl. nur BVerfGE 117, 202 (227) – *Vaterschaftsfeststellung* (2007); 125, 39 (78) – *Sonn- und Feiertagsschutz* (2009). Es muss sich dementsprechend auch auf den Schutz der Gleichheitsgrundrechte erstrecken, wenn das Gericht festhält, dass „die Grundrechte" (also nicht nur bestimmte, sondern alle Grundrechte) die öffentliche Gewalt „verpflichten […], dafür zu sorgen, dass sie – unabhängig von individueller Betroffenheit – in der Wirklichkeit wirtschaftlichen und sozialen Lebens nicht leerlaufen", und dass sie „insoweit Grundlage […] staatlicher Schutzpflichten" sind; vgl. BVerfG (Senat), Beschl. v. 27.4.2021, 2 BvR 206/14 – *Tierarzneimittelzulassung*, Rn. 64; s. dort auch die Nw. zur EMRK und zur Charta: Rn. 65 (die EMRK verbürge „auch Gewährleistungs- und Schutzpflichten") und Rn. 66 („aus den Grundrechten der Charta [werden] – soweit sie nicht horizontal anwendbar sind […] – Prinzipien abgeleitet, aus denen gegebenenfalls weitere [derivative] Ansprüche folgen").

[78] Zum Streit im Schrifttum darüber, ob aus Art. 3 GG Schutzpflichten folgen, vgl. (mit Nachweisen) *Grünberger* (Fn. 62), S. 301 ff., 312. Für Art. 3 Abs. 2 GG hat das Bundesverfassungsgericht zu Recht bereits vor Einfügung des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG auch ein Gleichberechtigungsgebot abgeleitet, das sich „auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt" und es von Grundrechts wegen erlaubt, „[f]aktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen", durch begünstigende Regelungen auszugleichen; vgl. BVerfGE 85, 191 (207) – *Nachtarbeitsverbot* (1991); s. auch *Grünberger* (Fn. 62), S. 298, dazu, dass das Gericht damit § 611a a. F. BGB (zur Geschlechtergleichbehandlung am Arbeitsplatz) „nachträglich verfassungsrechtlich ‚adoptiert'" hatte. Vgl. ferner, Schutzpflichten aus Art. 3 Abs. 2 GG bejahend: BVerfGE 89, 276 (285–287) – *§ 611a BGB* (1993) („Schutzauftrag des Art. 3 Abs. 2 GG"); BVerfGE 109, 64 (89 f.) – *Mutterschaftsgeld* (2003) („Schutzauftrag"); vgl. *Grünberger* (Fn. 62), S. 961 (mit Fn. 266), m. w. N. zur Diskussion. Das ist aber richtigerweise keine Besonderheit allein des Verbotes der Diskriminierung wegen des Geschlechts, sondern gilt für alle besonderen Diskriminierungsverbote. Auch aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG hat das Bundesverfassungsgericht dementsprechend richtigerweise außer dem Benachteiligungsverbot (im engeren Sinne) „auch einen Förderauftrag" abgeleitet, der einen „Anspruch auf die Ermöglichung gleichberechtigter Teilhabe nach Maßgabe der verfügbaren finanziellen, personellen, sachlichen und organisatorischen Möglichkeiten" einschließt; vgl. BVerfGE 151, 1, Rn. 56 – *Wahlrechtsausschluss* (2019); BVerfG, Beschl. v. 30.1.2020, 2 BvR 1005/18, Rn. 56 – *Blindenführhund* (Stattgabe), sowie

So können, wie das Bundesverfassungsgericht im Triage-Beschluss zu Recht anerkannt hat, jedenfalls in drei „Konstellationen ausgeprägter Schutzbedürftigkeit“ aus dem Schutzauftrag der Gleichheitsrechte auch konkrete gesetzgeberische Schutzpflichten werden: Erstens bei der „gezielte[n], als Angriff auf die Menschenwürde zu wertende[n] Ausgrenzung von Personen“, zweitens bei Benachteiligungen, die mit „Gefahren für hochrangige grundrechtlich geschützte Rechtsgüter“ wie Leben und Gesundheit einhergehen, sowie drittens in „Situationen struktureller Ungleichheit“.[79]

So wie der Schutzpflichtengedanke alle Grundrechte betrifft kann auch die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte als wertentscheidende Grundsatznormen auch im Privatrecht,[80] die sich grundrechtsdogmatisch wesentlich auch auf die Schutzpflichtendimension stützt,[81] nicht ausgerechnet für die Gleichheitsgrundrechte pauschal verneint werden.[82] Schon die zentralen Aussagen des Lüth-Urteils beziehen sich auf alle Grundrechte, keineswegs nur auf die Freiheitsrechte.[83] Auch insoweit hat die Triage-Entscheidung entsprechend zu Recht ausdrücklich klargestellt, dass etwa das Verbot der Benachteili-

---

sodann in der Triage-Entscheidung von 2021 auch einen grundrechtlichen Schutzauftrag, der sich unter bestimmten Bedingungen zu einer konkreten Schutzpflicht verdichten kann; vgl. BVerfG (Senat), Beschl. v. 16.12.2021, 1 BvR 1541/20, Rn. 97 – *Triage* (sowie dazu *Mathias Hong*, Die Corona-Triage und das Verbot der Diskriminierung wegen der Behinderung als Schutzpflicht, Verfassungsblog v. 30.12.2021, https://verfassungsblog.de/die-corona-triage-und-das-verbot-der-diskriminierung-wegen-der-behinderung-als-schutzpflicht/, letzter Zugriff: 24.5.2022).

[79] Vgl. BVerfG (Senat), Beschl. v. 16.12.2021, 1 BvR 1541/20, Ls. 2, Rn. 97 und 109 – *Triage* (dort zu Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG; für andere Diskriminierungsverbote kann aber insoweit richtigerweise nichts anderes gelten).

[80] Vgl. zu dem in ständiger Rechtsprechung verwendeten Begriff der wertentscheidenden Grundsatznormen, der zu Recht stärker als der Begriff der objektiven Wertordnung auf die maßgeblichen positivrechtlichen Entscheidungen abstellt, nur: BVerfGE 6, 55 (71) – *Steuersplitting* (1957); BVerfGE 23, 127 (134) – *Zeugen Jehovas* (1968); BVerfGE 30, 173 (188) – *Mephisto* (1971); BVerfGE 35, 79 (111) – *Hochschulmitbestimmung* (1973); BVerfGE 39, 1 (47) – *Schwangerschaftsabbruch I* (1975); BVerfGE 77, 170 (214) – *Chemiewaffenlagerung* (1987); BVerfGE 93, 85 (95) – *Universitätsgesetz NRW* (1995); BVerfGE 118, 45 (69) – *Betreuungsunterhalt* (2007); BVerfGE 130, 263 (299, Rn. 159) – *Professorenbesoldung* (2012).

[81] Siehe Fn. 62.

[82] Auf der Skala der möglichen Positionen in der Drittwirkungsdiskussion sind die Extrempositionen schon lange weithin unbesetzt. Einerseits sind Private nicht unmittelbar an identische Gleichheitsanforderungen gebunden, wie sie für Hoheitsträger gelten: Niemand will etwa aus dem Verbot der Diskriminierung wegen der „Rasse“ einen kategorischen Rechtszwang ableiten, einen Heiratsantrag anzunehmen; vgl. zu diesem Beispiel *Ralf Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2007, S. 235; *Grünberger* (Fn. 62), S. 1010. Andererseits wird aber auch die andere Extremposition inzwischen weithin abgelehnt: Kaum jemand tritt heute noch für eine gänzlich schrankenlose Privatautonomie ein. So erkannte schon *Günter Dürig*, einer der Verfechter einer „Präponderanz der Freiheit“, beispielsweise zu Recht an, dass ein Vater seine Tochter nicht für den Fall enterben dürfe, dass sie einen „Juden“ heiratet; vgl. *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS Hans Nawiasky, 1956, S. 157 (160); *Grünberger* (Fn. 62), S. 254.

[83] Vgl. BVerfGE 7, 198 (205) – *Lüth* (1958).

gung wegen der Behinderung aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG als objektive Wertentscheidung auch auf das Privatrecht einwirkt und bei der Interpretation seiner auslegungsfähigen Normen zur Geltung zu bringen ist.[84] Schon 2020 ging auch die Entscheidung zur arbeitsrechtlichen Kündigung wegen einer rassistischen Äußerung zu Recht ohne Weiteres von einer mittelbaren Drittwirkung auch des Verbots der Benachteiligung wegen der „Rasse“ nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG aus, das sich danach gerade auch „gegen rassistische Diskriminierung wendet“.[85]

Für die Reichweite dieser mittelbaren Drittwirkung der Gleichheitsrechte gilt, dass die Anforderungen um so erheblicher werden, je „gleichheitssensitiver und freiheitsintensiver“ die private Ungleichbehandlung ist, und dass sie „von dem bloßen Hinweis auf die Ausübung von Freiheitsrechten über die Darlegung sachlicher Gründe“ bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen können.[86]

---

[84] Vgl. BVerfG (Senat), Beschl. v. 16.12.2021, 1 BvR 1541/20, Rn. 95 – *Triage*.

[85] Vgl. BVerfG (Kammer), Beschl. v. 2.11.2020, 1 BvR 2727/19, Rn. 6 und 11 („im Lichte von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, der sich gegen rassistische Diskriminierung wendet“) – *Kündigung wegen rassistischer Äußerung*.

[86] Zu dieser Grünbergerschen Rechtfertigungsskala vgl. *Grünberger* (Fn. 62), S. 825, 828 und 866. Das entspricht im Ergebnis auch der bisherigen Rspr. des BVerfG, einschließlich der Stadionverbot-Entscheidung; vgl. BVerfGE 148, 267, Rn. 40 f. – *Stadionverbot* (2018); BVerfG, Beschl. v. 22.5.2019, 1 BvQ 42/19, Rn. 15 – *III. Weg*; BVerfG, Beschl. v. 27.8.2019, 1 BvR 879/12, Rn. 7 – *Hausverbot Wellness-Hotel*; siehe auch BVerfGE 99, 341 (353, 355–358) – *Testierausschluss* (wonach der generelle Ausschluss schreibunfähiger stummer Menschen von jeder Testiermöglichkeit nicht nur die Testierfreiheit aus Art. 14 Abs. 1 GG, sondern auch Art. 3 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verletzt; siehe zu dieser Entscheidung auch *Grünberger* (Fn. 62), S. 947 f.). Zur Ergebnisgleichheit zwischen Grünbergers Ansatz und dieser Rspr. vgl. *Grünberger* (Fn. 62), S. 453 (zum Lauterkeitsrecht: „Methodisch kann man dieses Ergebnis auf zwei Wegen erreichen: (1.) Man negiert bereits im Ausgangspunkt eine Pflicht zur Gleichbehandlung. (2.) Man geht davon aus, dass die Vertragsfreiheit als sachlicher Grund eine Ungleichbehandlung ohne Weiteres rechtfertigen kann.“) und S. 455. Die Anwendung der Grünbergerschen Rechtfertigungsskala kann danach als Begründungsmethode für die Beantwortung der Frage verstanden werden, unter welchen Voraussetzungen eine spezifische Konstellation im Sinne der Stadionverbot-Rechtsprechung zu bejahen ist.

Auch die vom EGMR zu Recht angenommene Drittwirkung des Art. 14 EMRK lässt sich so rekonstruieren; vgl. mit weiten Formulierungen EGMR, Urt. v. 13.7.2004, Beschwerde-Nr. 69498/01 – *Pla and Puncernau v. Andorra*, § 59 („it cannot remain passive where a national court's interpretation of a legal act, be it a testamentary disposition, a private contract, a public document, a statutory provision or an administrative practice appears unreasonable, arbitrary or, as in the present case, blatantly inconsistent with the prohibition of discrimination established by Article 14 and more broadly with the principles underlying the Convention“). Zu dieser Entscheidung vgl. näher *Grünberger* (Fn. 62), S. 506 f. (der betont, dass der Gerichtshof, ebd. Rn. 58, ausdrücklich ausführt, dass die Erblasserin den Erben ausdrücklich hätte ausschließen können), siehe auch ebd., S. 513. Siehe näher *Hong* (Fn. 9).

5. Gleichheitsgrundrechte als antihegemoniale und oft asymmetrisch wirkende Rechte auch gegen strukturelle Diskriminierung

Die grundrechtlichen Gleichheitsrechte wenden sich als Hierarchisierungs-[87] und Dominierungsverbote[88] gerade auch gegen historisch verfestigte Strukturen der Diskriminierung, „gegen eine selbstverständliche Hinnahme tradierter (‚hegemonialer‘) ‚Normalität‘“,[89] gegen strukturelle Diskriminierung.

Als strukturelle Diskriminierung lassen sich dauerhafte Benachteiligungen von Gruppen verstehen, die sich, „unabhängig von individuellen Vorurteilen oder negativen Absichten“,[90] „auf überindividuelle Sachverhalte wie Normen, Regeln und Routinen sowie kollektiv verfügbare Begründungen“[91] zurückführen lassen.[92] Sie können etwa auf unbewusst wirksamen Vorurteilen („unconscious“ oder „implicit biases“) beruhen.[93] Solche unbewussten Vorurteile sind etwa eine mögliche Erklärung dafür, dass die Schlechterbewertung von Frauen in der mündlichen Prüfung zum juristischen Staatsexamen verschwand, sobald eine Frau in der Prüfungskommission saß.[94] Auch weil sie die Wahrnehmungsfähigkeit für solche diskriminierenden Strukturen und Sachverhalte erhöhen und dazu beizutragen kann, dass sie mit offenen Augen[95] erkannt werden, kann Diversität in Wissenschaft und Justiz, in Wirtschaft, Verwaltung und Politik die Verwirklichung der Gleichheit und der anderen Grundwerte des Antidiskriminierungsrechts fördern.[96]

---

[87] Vgl. *Susanne Baer*, Würde oder Gleichheit?, 1995, S. 221; *Baer/Markard* (Fn. 70), Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 361.

[88] Vgl. *Ute Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1996, S. 285 ff.; näher (und teils abweichend, nämlich auch atypische Männer als potentielle Träger entsprechender Rechte auf Nichtdiskriminierung einbeziehend) dazu: *Mangold* (Fn. 16), S. 319 f., 343 ff.

[89] *Baer/Markard* (Fn. 70), Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 358; s. auch oben Fn. 16.

[90] Vgl. (dort zu institutioneller Diskriminierung) *Mechthild Gomolla*, Direkte und indirekte, institutionelle und strukturelle Diskriminierung, in: Scherr/El-Mafaalani/Yüksel (Hrsg.), Handbuch Diskriminierung, 2017, S. 133 (134).

[91] Vgl. (zu institutioneller Diskriminierung) *Raimund Hasse/Lucia Schmidt*, Institutionelle Diskriminierung, in: Bauer/Bittlingsmayer/Scherr (Hrsg.), Handbuch Bildungs- und Erziehungssoziologie, 2012, S. 883 (883).

[92] Vgl. eingehend dazu *Nora Markard* in diesem Band, S. 161 ff.

[93] *Michael Grünberger/Anna Katharina Mangold/Nora Markard/Mehrdad Payandeh/Emanuel V. Towfigh*, Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis: Ein Essay, 2021, S. 41–43.

[94] Siehe auch *Grünberger et al.* (Fn. 93), S. 44–46, zur Möglichkeit einer „self-fulfilling prophecy“ (Andorra-Effekt) durch eine entsprechende Verunsicherung von Prüfungskandidatinnen („stereotype threat“).

[95] Vgl. dazu, dass Justitia ihre Augenbinde zwar bei der unparteiischen Anwendung des Rechts braucht, nicht aber bei der Wahrnehmung der allzu oft alles andere als neutralen Wirklichkeit, der gegenüber sie gerade nicht „blind“ sein darf, *Hong* (Fn. 5), S. 85 f.

[96] Vgl. *Grünberger et al.* (Fn. 93), S. 59–65.

Als antihegemoniale Rechte entfalten die Gleichheitsgrundrechte nicht selten asymmetrische Schutzwirkungen.[97] Als Freiheitsrechte zweiter Ordnung[98] sollen sie die „ungleiche Verteilung von Freiheiten aufgrund existierender Statushierarchien“ bekämpfen.[99] Für einen erhöhten Diskriminierungsschutz ist insoweit maßgeblich, ob bestimmte (sozial konstruierte) Gruppen in der jeweiligen Gesellschaftsordnung tatsächlich Ausgrenzungserfahrungen erlitten haben und erleiden, die Einzelne auch intersektionell betreffen können, also mehrfach und mit sich gegenseitig verstärkender Wirkung.[100]

Im „Dilemma der Differenz“[101] kann es durch die Schutzgebote zur Bekämpfung fortdauernder Diskriminierung teils gerechtfertigt sein, an diejenigen Kriterien, deren Bedeutung eigentlich überwunden werden soll, anzuknüpfen, um der Diskriminierung von Gruppen entgegenzuwirken.

Wenn man eine solche Reaktion auf ausgrenzende und diskriminierende Strukturen als „Identitätspolitik“ bezeichnen will – dann ist Identitätspolitik in diesem Sinne unvermeidlich:[102] Politik benachteiligt stets manche Gruppen und bevorzugt andere, allerdings meist unausgesprochen und implizit. Merkmale wie Augenfarbe oder „Rasse“ sollten für den gleichen Zugang zu politischer Teilhabe und zu Vorteilen in einer Gesellschaft zwar keine Rolle spielen. Wenn aber in einer Gesellschaft beispielsweise Menschen mit blauen Augen systematisch schlechter gestellt würden, würde dies für die Betroffenen dadurch zu einem für ihren Lebensalltag relevanten Identitätsmerkmal. Wenn sie auf solche Diskriminierungserfahrungen aufmerksam machen und sich gegen sie wenden, fordern sie keine Sonderrechte ein, sondern berufen sich gerade auf die gleiche Freiheit aller.

Solange Diskriminierungen, insbesondere auch durch diskriminierende gesellschaftliche Strukturen, ihre Wirkung entfalten, kann eine „merkmalsblinde“

---

[97] Vgl. zu Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG: *Baer/Markard* (Fn. 70), Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 361 (dem Wortlaut nach „zwar symmetrisch“, „Schutzrichtung“ ist „nach Regelungsgrund und Telos, historisch und aktuell, jedoch der Abbau der Benachteiligung von Frauen“); Rn. 362 (Gleichstellung ist, weil dies „historisch und systematisch näherliegt“, als „materiell und asymmetrisch“ zu verstehen); *Grünberger* (Fn. 62), S. 570.

[98] Siehe Fn. 62.

[99] Vgl. *Grünberger* (Fn. 62), S. 738.

[100] Zum Konzept der Intersektionalität vgl. grundlegend *Kimberlé Crenshaw*, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex, The University of Chicago Legal Forum 1989, S. 139 ff. (besonders 140: „[T]he intersectional experience is greater than the sum of racism and sexism.“; 149: „Discrimination, like traffic through an intersection, may flow in one direction, and it may flow in another.“; 157: feminist „theory emanating from a white context obscures the multidimensionality of Black women's lives“). Siehe außerdem nur *Mangold* (Fn. 16), S. 328 ff.; *Grünberger* (Fn. 62), S. 595 ff.; *Grünberger et al.* (Fn. 93), S. 20 f.

[101] *Baer/Markard* (Fn. 70), Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 374, Abs. 3 Rn. 440 f., 471; *Grünberger* (Fn. 62), S. 711 (Paradox der Gleichheit).

[102] *Martin Saar*, Politik für alle, FAZ v. 20.2.2021; *ders.*, Wirklich gleich? Identität und Demokratie, Vortrag v. 5.10.2021; https://www.deutschlandfunknova.de/beitrag/politische-philosophie-demokratie-braucht-identitaetspolitik, letzter Zugriff: 24.5.2022.

(etwa eine „farbenblinde", „rassenblinde"[103] oder „geschlechtsblinde") Rechtsordnung eine verfrühte und problematische Flucht vor den gesellschaftlichen Realitäten bedeuten. Um die Kategorisierungen überwinden zu können, müssen wir sie, wenn sie faktisch wirksam bleiben, zunächst berücksichtigen.[104] Wenn man sich selbst unter solchen Bedingungen mit einer solchen Gruppe (etwa von „Nichtweißen") identifiziert, weil man mit anderen gemeinsame Diskriminierungserfahrungen teilt, die gerade auf Zuschreibungen von außen zurückgehen, um dafür Solidarität zu erfahren und zu mobilisieren – dann muss das gerade keine Essentialisierung einer solchen Identität bedeuten.[105]

VI. Schluss

Eine Verfassung kann auf Dauer nur legitim bleiben, wenn sie angesichts bestehender schwerer Ungerechtigkeiten zumindest eine Hoffnung auf rechtliche oder politische Abhilfe verheißt. Wir können die Verfassung nur dann als ein Projekt verstehen, das über Generationen hinweg Anspruch auf unsere fortdau-

---

[103] Vgl. U.S. Supreme Court *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action*, 572 U.S. 291, 380–381 (2014), *Justice Sotomayor*, dissenting (joined by *Justice Ginsburg*) („Race matters. […] Race […] matters because of persistent racial inequality in society […]. […] Race matters because of the slights, the snickers, the silent judgments that reinforce that most crippling of thoughts: ‚I do not belong here'. […] The way to stop discrimination on the basis of race is to speak openly and candidly on the subject of race, and to apply the Constitution with eyes open to the unfortunate effects of centuries of racial discrimination. […]"); U.S. Supreme Court *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244, 298–302 (2003), *Justice Ginsburg*, dissenting (joined by *Justices Souter* and *Breyer*) („[G]overnment decisionmakers may properly distinguish between policies of exclusion and inclusion. […] For, as insightfully explained, ‚[t]he Constitution is both color blind and color conscious […]. […] [T]he Constitution is color conscious to prevent discrimination being perpetuated and to undo the effects of past discrimination.' United States v. Jefferson County Bd. of Ed., 372 F.2d 836, 876 (CA5 1966) (Wisdom, J.)").

[104] Vgl. U.S. Supreme Court *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 407 (1978), *Justice Blackmun*, concurring in part and dissenting in part („In order to get beyond racism, we must first take account of race. There is no other way. And in order to treat some persons equally, we must treat them differently."); *Grünberger* (Fn. 62), S. 711. Zur Diskussion um „postkategoriale" Ansätze im Antidiskriminierungsrecht vgl. *Mangold* (Fn. 16), S. 334 ff.; siehe auch *Hong* (Fn. 5), S. 85, 315–317, sowie eingehend *Liebscher* (Fn. 5); *Cengiz Barskanmaz*, Recht und Rassismus, 2019.

[105] Vgl. etwa die dezidiert anti-essentialistische Konzeption von „blackness as an emancipatory tool" in: *Tommie Shelby*, We Who Are Dark, 2007, S. 3 f. („This defense is forthrightly anti-essentialist."; „I will argue that it is possible to dispense with the idea of race as a biological essence and to agree with the critics of identity politics about many of its dangers and limitations, while nevertheless continuing to embrace a form of blackness as an emancipatory tool."); siehe mit Nachweisen zur Debatte auch *Silke van Dyk*, Identitätspolitik gegen ihre Kritik gelesen, in: APuZ 69 (2019), S. 25 (29) (Diskriminierung kann „nur schwer ohne Rückbezug auf die in der Abwertung zugewiesene Differenz sichtbar gemacht werden"; „Wie mit diesem Dilemma umzugehen ist, […] ist – entgegen dem Vorwurf, Identitätspolitik essenzialisiere generell Unterschiede – kontrovers debattiert worden.").

ernde Anerkennung erheben kann, wenn wir an die Möglichkeit einer verfassungsrechtlichen Versöhnung[106] glauben können. Das Verbot von Diskriminierungen wegen der „Rasse" in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG rechtfertigt solche Hoffnungen trotz der rassistischen Vorurteile, die bei seiner Entstehung im Parlamentarischen Rat zum Ausdruck gekommen sind. Die Gleichheitssätze sollten auch nach dem Willen ihrer Verfasser deren konkrete Irrtümer hinter sich lassen und darüber hinauswachsen können. Das Versprechen der Gleichheit aller in ihren Menschenrechten steht schon seit 1776 im Zentrum der Menschenrechtsidee. Es ist für viele und in vielen Hinsichten immer noch uneingelöst – und kann sich deshalb noch für so manche diskriminierende Praxis als „Stolperstein" erweisen.[107]

[106] *Jack Balkin*, Constitutional Redemption, 2011.

[107] *Lincoln* (Fn. 37), S. 117 (121): Die Autoren der Unabhängigkeitserklärung hätten die Worte von der Gleichheit aller Menschen als einen „Stolperstein" („a stumbling block") für jene gewollt, die in späteren Zeiten versuchen sollten, „ein freies Volk wieder auf die verhassten Pfade des Despotismus zurückzuführen", um ihnen „zumindest eine harte Nuss zu knacken" zu hinterlassen: „The assertion that ‚all men are created equal' […] was placed in the Declaration […] for future use. Its authors meant it to be, thank God, it is now proving itself, a stumbling block to those who in after times might seek to turn a free people back into the hateful paths of despotism. They knew the proneness of prosperity to breed tyrants, and they meant when such should reappear in this fair land and commence their vocation they should find left for them at least one hard nut to crack."

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren

Prof. Dr. Cengiz Barskanmaz, Hochschule Fulda, Professur für Recht der Sozialen Arbeit; Projektleiter des Einzelprojekts „Inklusive Verwaltung" im Rahmen der Studie „Rassismus als Gefährdung des gesellschaftlichen Zusammenhalts" des Forschungsinstituts Gesellschaftlicher Zusammenhalt

Prof. Dr. Judith Froese, Universität Konstanz, Inhaberin des Lehrstuhls für Öffentliches Recht mit Nebengebieten; Projektleiterin im Rahmen der Studie „Rassismus als Gefährdung des gesellschaftlichen Zusammenhalts" des Forschungsinstituts Gesellschaftlicher Zusammenhalt

Prof. Dr. Mathias Hong, Hochschule für öffentliche Verwaltung Kehl, Professor für Öffentliches Recht

Prof. Dr. Uwe Kischel, Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europarecht und Rechtsvergleichung (Nordosteuropa), Mercator-Stiftungslehrstuhl

Dr. Doris Liebscher, Berlin, Juristin mit den Schwerpunkten Antidiskriminierungsrecht, Recht und Rassismus/Antisemitismus und Zugang zum Recht. Leiterin der Ombudsstelle bei der Landesstelle für Gleichbehandlung gegen Diskriminierung der Senatsverwaltung für Justiz, Vielfalt und Antidiskriminierung Berlin

Prof. Dr. Nora Markard, Westfälische Wilhelms-Universität Münster, Inhaberin des Lehrstuhls für Internationales Öffentliches Recht und Internationalen Menschenrechtsschutz; Forschungsschwerpunkte u. a. im Gleichheitsrecht und Migrationsrecht

Prof. Dr. Katharina Pabel, Wirtschaftsuniversität Wien, Inhaberin des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Internationales Recht am Institut für Europarecht und Internationales Recht

Prof. Dr. Mehrdad Payandeh, Bucerius Law School, Hamburg, Inhaber des Lehrstuhls für Internationales Recht, Europarecht und Öffentliches sowie seit 2020 Mitglied im Ausschuss der Vereinten Nationen zur Beseitigung rassistischer Diskriminierung

Prof. Dr. Philipp Reimer, Universität Konstanz, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht, und Rechtstheorie

Prof. Dr. Michael Sachs †, Universität zu Köln, bis 2020 Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht und Mitdirektor des Instituts für Deutsches und Europäisches Wissenschaftsrecht

Prof. Dr. Daniel Thym, Universität Konstanz, Inhaber des Lehrstuhls für Europa- und Völkerrecht; Sprecher des Standorts Konstanz im bundesweiten Forschungsinstitut Gesellschaftlicher Zusammenhalt und Leiter des Forschungszentrums Ausländer- und Asylrecht